علم

أصول القانون

خلاصة المحاضرات التى القاها

الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهورى بك

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق فى علم أصول القانون
كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة
القانون المدنى بوجه خاص

مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر

علم

أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي ألقاها

الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الاولى بكلية الحقوق فى علم أصول القانون

كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون

١٩٣٦م — ١٣٥٤هـ

مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر

مقدمة

الغرض من دراسة علم أصول القانون

التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله بالعلوم الاخرى

استيعاب المبادىء الاساسية دون التفصيلات

١ — الغرض من دراسة علم أصول القانون

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو استيعاب المبادىء الاساسية التى يقوم عليها القانون ، قبل أن ندخل فى دراسة تفصيلاته ولكل علم مقدمة هى المدخل الذى يوطىء السبيل الى دراسته ، فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون فى فروعه المختلفة .

روح الدراسة: دراسة ابتدائية

وسندرس أصول القانون فى هذه المحاضرات بروح نتوخى بها :

(أولا) أن نلم بالمبادى الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ، ونفصل فروعه ، ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين فى دراسة القانون ، وهى الدراسة التى نزمع أن نجرى عليها فى هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ، يقصد بها السمو بالدراسة القانونية الى درجة من التجريد والاستقراء المنطقى والتعمق العلمى تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعى فروعه وتفصيلاته ، ولم يبق الا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم وهذا انما يكون خاتمة للدراسة القانونية لامقدمة لها .

دراسة فلسفية

(ثانيا) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التى توخيناها فى دراسة

أصول القانون فى هذه المحاضرات ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادىء الفلسفية والعلمية التى ترتكز عليها دراسة القانون ، حتى نعد الناشىء اعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، فأنه اذا فاته هذا الأعداد العلمى وقت الدراسة فلا يعوضه عنه المران العملى ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

٢ — التعريف بالقانون

ايراد التعريف

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعـد التى تنظم الروابط الاجتماعية ، والتى تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء .

٣ — خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثا : (١) فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه الدولة .

قاعدة : العمومية

(١) فهو أولا قاعدة : والقاعدة لها ميزان ، العمومية والنظام . فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فمعنى ذلك أنه لايوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالذات . وعلى ذلك لا يكون الامر الادارى الصادر باغلاق مصنع معين قانونا ، كما لا يكون قانونا الحكم القضائى الملزم لشخص بالذات بأن يدفع مبلغا من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أى تكون واجبة التطبيق على كل الاعمال والأشخاص المتماثلة التى ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الاعمال ، كالتصرفات الصادرة فى مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الاشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذى ينظم وراثة العرش أو رآسة الوزارة .

النظام

ويفهم مما تقدم أن القانون ينطوى على معنى النظام الى جانب معنى العمومية ، فما دام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والاشخاص المتماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو التى طبقت به من قبل ، فان هـذا التكرار فى التطبيق يخلق نظاما متناسقا لايختل ، وهذا هو أوضح معانى القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو النظام . الا أن هناك فرقاً جوهريا بينهما ، فالقواعد القانونيـة تطاع عن شـعور وارادة ، يطيعها الانسان وهو يملك عصيانها متحملا جزاء العصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن ارادة ولا عن شعور ، وهى لاتملك الا طاعتها فقانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

تنظم الروابط الاجتماعية

(٢) والقانون قاعدة تنظيم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد الا حيث يوجد مجتمع بشرى ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والانسان المنفرد ـ روبنصون كروزو أو حى بن يقظان ـ على فرض وجوده ، لاتربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة ، على أن الانسان المنفرد ليس الا فرضاً فلسفيا لا حقيقة له . فالانسان يولد فى المجتمع ، ولا يعيش الا فى المجتمع .

يقترن بها جزاء

(٣) والقانون أخيراً يقترن به جزاء دنيوى توقعـه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دنيوى ـ وعد بالثواب أو وعيد بالعقاب فى الحيـاة الآخرة ـ فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دنيوى ، وأخذت الدولة الناس بتنفيذها . وقد يصحب القاعدة جزاء دنيوى ، ولكن الدولة لاتوقعه ، بل يتولى توقيعه الرأى العام ، كما فى قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس أو

جزاء دنيوى توقعه الدولة

ذمهم ، ورضاؤهم أو استنكارهم ، فهي ليست بقانون اذ ليس للدولة شأن بها . أما اذا صحب القاعدة جزاء دنيوى توقعه الدولة ، فان القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون جزاء جنائيا ، أى عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون جزاء مدنيا أى تنفيذا لحق يتقاضاه الدائن من المدين.

جزاء جنائى
جزاء مدنى

٤ — ضرورة القانون

حاجة الروابط الاجتماعية الى التنظيم

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان لا يعيش الا فى المجتمع كما قدمنا ، فأن الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

وجوب حد الحريات

والفرد فى المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، والا تعارضت حريته مع حريات الآخرين. فلا بد اذن من حد الحريات جميعا ، وترك كل فرد حرا فى حدود احترام حريات لآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب مابين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكنه تحقيقها جميعا ، هذا هو الذى يستوجب وجوب القانون

٥ — نطاق القانون

دائرة علم الاخلاق: واجب الانسان نحو الله . واجب الانسان نحو نفسه. واجب الانسان نحو الغير

اذا أردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى علم الاخلاق ، وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون. فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الغير . أما دائرة القانون فلا تشمل الا واجب الانسان نحو الغير . وهى بعد لا تشمل الا بعض هذا الواجب . اذ أن واجب الانسان نحو الغير منه ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل يرجع الأمر فيه الى الضمير ، كالنيات

مايستحيل وضع جزاء له

ما يتعذر وضع جزاء له

ما لا يناسب وضع جزاء له

المستترة ، ومنه ما يتعذر وضع جزاء دنيوى له ، كالصدق والوفاء ، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوى . وهذا الاخير قسمان : قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء له . وقسم لا يرى المجتمع ذلك مناسبا له . وتحديد المناسب وغير المناسب يختلف باختلاف النظريتين : النظرة الفردية والنظرة الاشتراكية . فالنظرة الفردية تعنى بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته ، فلا تجعل القانون يتدخل فى شؤون الفرد وفى حريته الا بالقدر الضرورى والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل الى أقصى حد ممكن فى حرية الفرد

دائرة القانون: ما يناسب وضع جزاء له

فدائرة القانون لا تتضمن من واجبات الانسان الا واجبه نحو الغير، ولا تأخذ من هذا الواجب ما يستحيل وضع جزاء له ولا ما يتعذر أن يوضع له هذا الجزاء ، ولا ما لا يناسب أن يكون له جزاء، بل تقتصر على ما يمكن أن يكون له جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسبا

٦ — اتصال القانون بالعلوم الاخرى

تدرج العلوم فى الدقة :
العلوم الرياضية :
العلوم الطبيعية :
العلوم الاجتماعية :
الاخلاق :
الاجتماع :
الاقتصاد :
السياسة :

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية . وأدق العلوم هى الرياضية لان الانسان يخلق فروضها فهو مالك لعناصر الحكم والتقدير فيها . ويليها فى الدقة العلوم الطبيعية ، ثم العلوم الاجتماعية ، اذ أن سيطرة الانسان على الظواهر الاجتماعية أقل تمكنا من سيطرته على الظواهر الطبيعية والقانون يدخل فى دائرة العلوم الاجتماعية . وأهم هذه العلوم هى علم الاخلاق وقد رأينا علاقته بالقانون ، والنسبة ما بين دائرة القانون ودائرة الاخلاق . ثم علم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة . والقانون اذا كان خاصا فهو يتصل اتصالا وثيقا بعلم الاجتماع فى دائرة الأحوال الشخصية ، وبعلم الاقتصاد فى دائرة الأحوال العينية أو المعاملات المالية . واذا كان عاما

فاتصاله وثيق بعلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل فى كل العلوم الاجتماعية بل هو هذه العلوم مجتمعة يستخلص حقائقها ، ويصوغ هذه الحقائق العلمية قواعد قانونية يجرى العمل على مقتضاها

٧ — خطة البحث

أبواب ثلاثة .
طبيعة القانون
مصادر القانون
فروع القانون

أما وقد فرغنا من هذه الكلمة التمهيدية فى التعريف بالقانون فنحن نعرض لمباحث علم أصول القانون فى ثلاثة أبواب : فنخصص الباب الاول للكلام فى طبيعة القانون ، ونجعل الباب الثانى لبحث مصادر القانون ، ونختتم بالباب الثالث فى فروع القانون ؟

الباب الأول

طبيعة القانون

٨ — المذاهب المختلفة في طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هي أن نتعرف طبيعته وماهيته : على أي أساس يقوم القانون ، وما هي العناصر التي يحتوى عليها اذا حللناه الى عوامله الأولى ؟

طائفتان من المذاهب :

هذه هي المسألة التي تتفرق فيها الآراء ، وتتباين المذاهب ، وتتشعب وجوه النظر . وهي المسألة التي تتلخص فيها فلسفة القانون .

المذاهب القانونية

ونحن نستعرض هنا بايجاز أهم المذاهب في طبيعة القانون . وقد اخترنا أن نقسمها الى طائفتين :

المذاهب الاجتماعية

الطائفة الأولى المذاهب القانونية : وهي مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلا علمياً فلسفياً .

الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية : وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة القانون فتحللها تحليلا فلسفيا اجتماعيا ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية .

الفصل الأول

المذاهب القانونية

٩ — خاصيتها

هذه مذاهب تجعل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهى تتخذ للقانون معيارا ماديا ، وتتعرفه من مصدره الرسمى أوالشكلى ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقيــة . فهى مذاهب تصلح للرجل القانونى ، يريد أن يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانونا يطبق فى العمل .

القانون مشيئة السلطان : الله ، الدولة ، المشرع

وهى تجتمع كلها فى مسألة واحدة ؛ هى أن هناك مشرعا هو الذى يصنع القانون . فاذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز فى تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ؛ الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالأولى هى التى تسن القوانين ، والثانية هى التى تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التى تسن القانون قوة غير منظورة هى « الله » أو أية سلطة روحية أخرى . وهذه هى القوانين الدينية ، كالشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية . ففى هاتين الشريعتين الله هو المشرع الأول ، والقانون فى أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبيا . وقد تكون الهيئة المشرعة هيئة بشرية هى الدولة أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزى المعروف « اوستن Austin » و يقابله فى فرنسا مدرسة « الشرح على المتون » (Ecole de l'Exege) وهى كاوستن تذهب

الى أن القانون مشيئة المشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .

وها نحن نعرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

المبحث الاول

مذهب اوستن

١٠ — اسس المذهب

السلطان مصدر القانون فى الوضع وفى التنفيذ

يقوم مذهب أوستن على أن القانون فى (وضعه) وفى (تنفيذه) يستند الى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذى يضع القانون ، وهو الذى يأخذ الناس بطاعته . فالقانون فى طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهرا اذا اقتضى الحال ذلك .

١١ — اركان القانون الثلاثة فى مذهب اوستن

ويؤخذ مما تقدم أن القانون يقوم على دعائم ثلاث :

هيئة سياسية معينة : أمر أو نهى

(أولا) هيئة سياسية معينة هى الهيئة التى تباشر سلطان الدولة (ثانيا) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة (ثالثا) اقتران هذا الأمر والنهى بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالف القانون .

١٢ — (أولا) هيئة سياسية معينة

السلطان : السلطة العليا

هنا يميز اوستن فى كل مجتمع سياسى شخصا معينا او هيئة معينة هى التى لها السلطان . والسلطان فى طبيعته واحد لايتجزأ وهو القوة المسيطرة على كل القوات فى الدولة ، لاتعلو عليها قوة ، وتدين لها كل القوات بالخضوع . ففى الدولة الاستبدادية يكون السلطان فى يد فرد هو الملك أو الأمبراطور أو هو يتسمى بأى اسم آخر . وفى الدولة الديمقراطية يكون السلطان فى يد هيئة او أكثر ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ

مثلا ، والى جانبهما يقف رئيس الدولة ، ملكا كان أو امبراطورا او رئيس جمهورية او غير ذلك .

الصفة السياسية

هذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صيغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الاخرى غير السياسية ، كالنقابات والجمعيات المدنية والشركات التجارية والاندية والكنيسة وما الى ذلك . وتتميز كذلك بأن لها السلطان الاعلى على كل الأفراد وعلى كل الهيئات المندمجة فى الدولة كما قدمنا .

مشيئة حادثة شاعرة

وهذه الهيئة هى التى تنظم الروابط الاجتماعية بقوانين مشيئتها تصدرها للافراد وللهيئات الخاضعة لسلطانها . فالقوانين أذن ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعره ، وليست شيئاً كامناً فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور فى دائرة لا شعورية كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعى .

مايقره السلطان يأمر به

وقد تكون العادات وقواعد العدالة وغيرها مصدرا للقانون ، ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقر بذلك وتقرنه بجزاء ، وما يقره السلطان فأنه يأمر به

What the sovereign permits he commands.

١٣ — (ثانيا) أمر أو نهى

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمراً أو نهياً . فالقانون ليس مجرد ارشاد تحث الناس على اتباعه ، بل هو أمر او نهى يجب السير على مقتضاه .

مجرد الرخصة

وقد يعترض على ذلك بأن كثيرا من القواعد القانونية ليست امرا أو نهيا ، بل هى مجرد رخصة . فالقانون يبيح للشخص أن يملك وان يتعاقد وان يوصى وان يهب فأين الأمر والنهى من ذلك ؟ ان هى الا رخص أباحها القانون للناس فلهم أن يتعاقدوا والا يتعاقدوا ولهم ان يوصوا والا يوصوا .

ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فأن القاعدة القانونية التى ترخص فى عمل شىء تأمر فى الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم وتنهاهم عن انتهاك حرمته . ثم هى توجب فى ذمة من قام بالعمل التزامات هى اوامر ونواة تجب لها الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلا وجب على الغير احترام تعاقده ، وينشىء العقد فى ذمته التزامات بتسليم الشىء المبيع ، وبنقل ملكيته ، وبالامتناع عن التعرض للمشترى ، وبمنع تعرض الغير له ، وهكذا فهذه جملة من الأوامر والنواهى يتضمنها التعاقد .

قواعد المرافعات

وقد يعترض كذلك بأن قواعد المرافعات لا تتضمن أوامر أو نواهى ، بل فى أكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فأن اتباع هذه الاجراءات أمر يصدره القانون للقضاء . والمتقاضين دون غيرهم من الناس .

١٤ — (ثالثاً) الجزاء الدنيوى

قواعد الاخلاق والدين

ولا يكفى أن تصدر الهيئة الحاكمة أمرا أو نهيا ، بل يجب أن تقرن ذلك بجزاء دنيوى توقعه على من يخالف الأمر أو النهى . وهذا الجزاء الدنيوى تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستندة فى ذلك على القوة العامة التى بين يديها . ويترتب على ذلك أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية كل هذه ليست قانونا فقد تكون أوامر ونواهى يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالفها .

القانون الدولى العام

وهنا يقوم اعتراضان : (الاعتراض الأول) أنه يترتب على ما تقدم أن القانون الدولى العام ليس قانونا ، اذ أن قواعده غير مقترنة بجزاء دنيوى يوقع على الدولة متى تخرق حرمة هذا القانون . واذا كانت الحياة الدولية

آخذة فى التوثق بأنشاء عصبة الأمم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات الدولية ، فان الشقة دون وجوب احترام هذه القواعد الدولية لا تزال بعيدة . لذلك لا يرى اوستن أن القانون الدولى العام قانون بالمعنى الصحيح.

القانون الدستورى

(والاعتراض الثانى) أن القانون الدستورى هو أيضا فى منزلة القانون الدولى العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر . فالقانون الدستورى قواعد تنظم السلطان وروابطه بالأفراد ، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى ، فكل قانون ينظم السلطان ما هو الا مشيئة السلطان ، فلا تلزمه هذه المشيئة اذا غيرها . وهب أنها ألزمته . فأين هى القوة التى تجبر السلطان على الاذعان ؟ اذا وجدت هذه القوة فهى السلطان الحقيقى ما دامت تعلو على السلطان المزعوم . ونعود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقى . أما اذا لم توجد فقد بطل اذن أن القانون الدستورى يمكن تنفيذه بالقهر . ومن أجل هذا أنكر اوستن على القانون الدستورى أيضا أن يكون قانونا بالمعنى الصحيح .

١٥ — تقرير مذهب اوستن

وضوح النظم وبساطتها

ليس هناك شك فى وضوح نظرية اوستن وبساطتها ، فهى ترتكز على معيار مادى فى تعرف طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة . فمتى صدرت ارادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وقسرت الناس على الخضوع لهذه الارادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمى الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر الى جانبه . ويكون القانون مبنيا على القوة والقهر لا على الرضا والاختيار . وليست هناك الا علامة مادية شكلية لا تجاوزها الى ما وراءها فى تعرف طبيعة القانون .

نقط الضعف فى النظرية

هذه مسائل ثلاث هى نقط الضعف فى نظرية اوستن : (اولا) انفراد التشريع بأن يكون مصـدرا رسميا للقانون ، (ثانيا) اغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها ، (ثالثا) الوقوف عند معيار شكلى للقانون . ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

المصادر الرسمية الاخرى للقانون

١٦ — *(اولا) انفراد التشريع بأن يكون مصدرا رسميا للقانون*

لا يكون القانون قانونا طبقا لنظرية اوستن الا اذا كان مصدره السلطان أو الدولة أو التشريع . فالنظرية تنكر أن يكون للقانون مصدر رسمى آخر . والواقع من الامر ان للقانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع . فهنالك العادات والدين والقضاء ، وندع الفقه وقواعد العدالة . فالقانون قد يكون مصدره الرسمى العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تطبق التشريع ، واذا طبقتها المحاكم فلانها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية اوستن تقلب الوضع ، وترى ان القانون الذى يكون مصدره العادة انما يكون قانونا لان المشرع أقره . فهو قانون لان المحاكم تطبقه ، لا ان المحاكم تطبقه لانه قانون .

عامل الرضا والاختيار

١٧ — *(ثانيا) أغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها:*

وقد عنيت نظرية اوستن عناية خاصة بعامل القوة والقهر فى القانون . وحملها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون الدولى العام والقانون الدستورى . فاغفلت بذلك عاملا لا يقل فى الأهمية عن عامل القوة والقهر ، وهو عامل الرضا والاختيار . فالافراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على الخضوع له فحسب ، بل لانها ايضا ترتضيه قانونا ينظم روابطها الاجتماعية . واذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة انما هى قوة الأمة ، والسلطان ليس فى حقيقة الأمر الا الأمة نفسها مجتمعة . واذا صدر قانون يأباه طبع الأمة

وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع ذلك يأبى المشرع الا ان يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانونا وقتا قصيرا . ثم لا تلبث ارادة الأمة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلغى القانون أو يهجر . والالتجاء المتواصل الى استعمال القوة فى تنفيذ القوانين انما يكون علامة ضعف لا علامة قوة .

القانون الدولى العام والقانون الدستورى

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون الدولى العام والقانون الدستورى فيه تجاوز . فالقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهى قوانين حتى مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص لا تخلو من هذا العامل . وذلك ان القوانين المعتادة تحوط بها قوة الامة بطريق غير مباشر متمثلة فى الشرطة أو فى الجند . أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الأمة بطريق مباشر ، واذا أريد انتهاك حرمة قانون دستورى ، فان دون ذلك الأمة تثور للمحافظة على دستورها .

(ثالثا) الوقوف عند معيار شكلى للقانون :

طابع المشرع هو المعيار الشكلى

ولكن العيب الجوهرى فى نظرية اوستن هو انها تقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهى تقنع من القاعدة القانونية بانها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

وهو معيار شكلى ناقص

واذا كانت هناك مزية لنظرية اوستن ، فذلك انها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بعلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع ، فهو قانون . على ان هذه المزية ليست خالصة ، فان كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

المبحث الثانى

مدرسة الشرح على المتون

ECOLE DE L'EXEGESE

١٩ — اصل التسمية ووجه الشبه بمذهب اوستن :

اصل التسمية
شرح النصوص متنا متنا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة اوستن الانكليزية ، من حيث أن كلا منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون ، ويقف عنده فلا تجاوزه الى سواه . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegese) ، لان فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متنا متنا كما يفعل المفسرون فى الكتب المقدسة وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعا عن فكرة واحدة ، هى ان النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شىء ، فليس أمام الفقيه الا ان يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصا نصا .

وجه الشبه بمذهب اوستن
القانون هو التشريع

ونرى من ذلك ان مدرسة « الشرح على المتون » هى ايضا مذهب شكلى ، كمدرسة اوستن ، تكتفى فى التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون فى نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شىء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانونا .

٢٠ — مميزات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون مميزان :

(أولا) التقيد بالنصوص

التقيد بالنصوص

لا تعرف هذه المدرسة الا نصوص التشريع مصدرا للقانون وقد قال بينييه (Bugnet) أحد فقهائها . « انى لا أعرف القانون المدنى ، وانما أدرس قانون نابليون [١] . وقال ديمولومب (Demolombe) أمير

---

(١) Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoléon..

فقهاء هذه المدرسة : « ان شعارى والعقيدة التى اؤمن بهـا هى أيضا : النصوص قبل كل شىء »[(١)] .

(ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة :

نية المشرع لا لفظه

واذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ، فان تفسير هـذه النصوص يجب أن يتوخى فيه نية المشرع ، لا اللفظ الذى استعمله فى التعبير عن هذه النية والعبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع . واذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث أصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتمشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضى أن يعمد الى نية أخرى محتملة ، ينسبها للمشرع لو أنه وضع التشريع فى الوقت الذى يطبق فيـه ، بل يجب عليه أن يظل أمينا على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنيـة المشرع الحقيقية فى نظر مدرسة « الشرح على المتون » يعصم من الوقوع فى التحكم ، اذ من العسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما تختلف القضاة فى تحديدها كل بحسب منطقه وهواه . ثم أن التقيد بنية المشرع الحقيقية أكثر امعانا فى احترام التشريع ، أما تجاوز النية الحقيقية الى نية محتملة فان من شأنه أن يجعل من القاضى مشرعا .

النيـة الحقيقيـة لا المحتملة

النية المفروضة

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحا كافيا . ففى هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتون » الى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون . مثل ذلك ما نص عليـه المشرع الفرنسى من عدم جواز التصرف فى العقار الذى تقدمه الزوجة مهرا لزوجها فى نظام الدوطة (Régime dotal) . ولم يعرض

---

(١) Ma devise, ma profession de foi, et aussi: les textes avant tout.

المشرع للمنقول . فهل يجوز التصرف فى المنقول خلافا للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف فى المنقول ، اذ النص على العقار دون المنقول من حيث عدم جواز التصرف ، يجعل الحكم مختلفا ، والمبرر لهذا الاختلاف فى الحكم أن المنقول لم يكن بذى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن العقار كان هو عماد الثروة فى ذلك الوقت ، فمن المعقول أن يحمى المشرع العقار دون المنقول . أما اذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسى ، بأن المنقول أصبح لا يقل الآن فى الشأن عن العقار ، فيجب له نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف فى العقار . وتأخذ مدرسة الشرح على المتون بالقول الأول .

فنية المشرع ، الحقيقية أو المفروضة ، هى التى تتلمسها مدرسة « الشرح على المتون » وتجرى على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده ، لا اجتهاد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

٢١ — فقهاء مدرسة « الشرح على المتون »

نذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و (٢) اوبرى ورو (Aubry et Rau) فقيهان من جامعة استراسبورج ، وضعا كتابا فى شرح القانون المدنى فى ثمانية أجزاء (فى طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان Bartin) من اثنى عشر جزءا وقد استغرق وضع الكتاب فى طبعته الاولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤ ، وقد قدم على أنه ترجمة لكتاب فقيه ألمانى اسمه زكريا Zacharine ومثل هذه المدة فى طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٧٨) . والكتاب لا يزال حتى الآن من أمهات

اوبرى ورو

كتب الفقه الفرنسى ، اشتهر بالدقة والايجاز .

ديمولومب

(٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمير فقهاء مدرسة الشرح على المتون ، كان عميدا لكلية الحقوق بكان (Caen) . ووضع كتابا فى شرح القانون المدنى فى واحد وثلاثين جزءا ، استغرق وضعه واحدا وثلاثين عاما (من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦) ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران

(٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلجيكى ، يمثل المدرسة تمثيلا صادقا ، اذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدنى فى مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءا (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧) .

بودرى لاكانتنرى

(٥) بودرى لاكانتنرى (Baudry lacantinerie) ، وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحا مطولا للقانون المدنى ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءا (من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١) . ولا يزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لفقه مدرسة « الشرح على المتون » .

٢٢ — تقدير « مدرسة الشرح على المتون »

عيوب مدرسة أوستن

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة أوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التى أسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون (٢) وتغفل عامل ارادة الأمة ، وما تحور به هذه الارادة (فى شكل العادات والتقاليد) من ارادة المشرع (٣) وتقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى .

عيب آخر هو الجمود

وهى الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، ما دامت تتقيد بارادة المشرع وقت وضع التشريع .

الفصل الثاني

المذاهب الاجتماعية

٢٣ — خاصيتها

القانون حقيقية اجتماعية

هذه مذاهب لا تنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفى فى التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هى تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الأولى ، وترده الى أصله فى دائرته الاجتماعية . وهى بين مذاهب فلسفية ميتافيسيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمت الى النزعتين .

بيان بعض المذاهب الاجتماعية

ونذكر من هذه المذاهب مذهب القانون الطبيعى ، ومذهب التطور التاريخى ، ومذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، ومذهب الغاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعى ، ومذهب العلم والصياغة .

المبحث الاول

مذهب القانون الطبيعى

٢٤ — فكرة القانون الطبيعى

قانون كامن فى طبيعة الروابط الاجتماعية يكشفه العقل لا يوجده

يرى مذهب القانون الطبيعى أن هناك قانونا كامنا فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان . يكشفه العقل البشرى لا يوجده هذا هو القانون الطبيعى ، قانون أبدى سرمدى ، ككل القوانين التى تهيمن على الظواهر الطبيعية . فكما أن العالم الطبيعى من فلك وأرض وهواء وماء ، وما تحتويه كل هذه الأشياء ، خاضع لقوانين

طبيعية لا تتغير ولا تتبدل ، كذلك العالم الاجتماعى يخضع لقوانين طبيعية توجهه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشرى الا أن يتمعن فى الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هـذا القانون الطبيعى . وكلما قرب القانون الوضعى من القانون الطبيعى كان أقرب الى الـكمال .

مراحل تطور القانون الطبيعى

ولمذهب القـانون الطبيعى تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، نلم بها موجزين .

٢٥ — مذهب القانون الطبيعى عند اليونان

تمييز أرسطو بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى

عرف فلاسفة اليونان القـانون الطبيعى . فقد راعهم أن رأوا أن الانسان كبقية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء ، وأن هنـاك قوانين ثابتة لا تتغير ، تخضع لها البشرية جميعها فى كل زمان ومكان ، الى جانب الحوادث العارضة التى تخص كل انسان . فسموا هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعى . وميز أرسطو بين القانون العـام ، وهو هذا القانون الطبيعى ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدى اليه .

فلسفة الرواقيين

وقال الرواقيون بالقـانون الطبيعى . فعندهم أن أصل الوجود هو الله فى هيئة النار . ثم تحركت النـار وحولت جزءا منهـا الى هواء . وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء ، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى أرض . ويسير العـالم فى هذه الصورة شوطا مقدرا ، وفقا لسنن محتمة . ثم تفنى الأرض فى المـاء ، والمـاء فى الهواء ، والهواء فى النار ، ويعود العـالم كتلة نارية كما كانت . ثم ينفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن المـاء أرض ، سيرة أخرى ، ويسير العالم هذا الشوط المقدر . وهكذا دواليك . فيتعاقب على العالم حالان ، البناء والهدم الى ما لا نهاية . ويحدث ذلك

على أساس لا يتغير ، وقانون طبيعي ثابت .

٢٦ — مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

القانون المدنى

وقد ميز فقهاء الرومان بين القانون المدنى (Jus civile) وقانون الشعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعي (Jus naturale) فالأول هو القانون الرومانى العتيق الذى كان يطبق على الرومانيين دون سواهم .

قانون الشعوب

أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان تستمد من مبادئه القانون الذى كان يطبق على الأجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود . أما القانون الطبيعي فى لغة الرومان

القانون الطبيعي

فقد كان القانون الذى تخضع له كل الكائنات الحية من انسان وحيوان . فهناك نوع من التدرج : القانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب يخضع له كل بنى الانسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدنى يخضع له كل الرومانيين من بنى الانسان .

وقد نقل الرومان مذهبهم فى القانون الطبيعي عن الفلسفة اليونانية .

أثر «قانون الشعوب» فى «القانون المدنى»

وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعي عند اليونان بل هو قد صار قانونا عمليا ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان فى علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التى يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون أن الانسانية تخضع لها اذ هى قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا فى « القانون المدنى » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر فى رقى القانون الرومانى ، اذ كان مبنيا على العقل فى أساسه ، بينما كان « القانون المدنى » مبنيا على العادات القديمة والأشكال والأوضاع .

تطور القانون الطبيعي

وترى مما تقدم أن القانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان ، فصار

من فلسفة الى قانون الى دين الى سياسة

قانونا عند الرومان ، وسنراه يتقلب دينا فى العصور الوسطى ، ثم سياسة فى العصور الحديثة .

٢٧ — مذهب القانون الطبيعى فى العصور الوسطى فى أوربا

القانون الالهى

وورثت المسيحية فى العصور الوسطى القانون الطبيعى ، فجعلته القانون الالهى ، وهو قانون أبدى سرمدى ، ثابت لا يتغير ، نصل اليه من طريق الوحى لا من طريق العقل .

٢٨ — مذهب القانون الطبيعى « عند المعتزلة » من المسلمين

من الحاكم بالحسن والقبح ؟

ومما هو جدير بالذكر أن الاسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعى . وزاد عليها انه ميز بين القانون الطبيعى والدين . وجعل العقل لا الوحى هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فعندهم أن الحسن والقبح (أى المأمور به والمنهى عنه أى القانون) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول اذن بقانون طبيعى مصدره العقل لا الدين . وقد ورد فى ارشاد الفحول للشوكانى ص ٧ ما يأتى : « اعلم انه لاخلاف فى كون الحاكم الشرع بعد البعثة و بلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم فى ذلك . قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل وروده . . . ومحل النزاع بينهم (الأشعرية والمعتزلة) . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب آجلا أو عاجلا فعند الأشعرية ومن وافقهم ان ذلك لا يثبت الا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقعاً

عهد الفطرة
العقد الاجتماعى

تعيش قبلا فى عهد الفطرة قبل أن ينتظموا فى الجمعية البشرية (ثانيا) لما كان من المتعذر البقاء فى هذه الحالة فان الناس أبرموا عقدا اجتماعيا (Contrat social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن

حيث يختلفون : طرفا العقد أثر العقد

الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما أراد كل منهم تحديد طرفى العقد الاجتماعى وأثر هذا العقد ، وفقا للقانون الطبيعى الذى تصوروه . فرأى هبز أن العقد قديم بين أفراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على أن تتنازل الناس عن حرياتها الطبيعية للسلطان ليقيم النظام بينهم وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ، فان الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هبز فى نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التى كانت قائمة فى انجلترا فى عهده . ورأى لوك ، وكان من أنصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الانجليزية التى شبت فى سنة ١٦٨٨ ، ان العقد الاجتماعى قد ابرم بين الشعب والسلطان ، على ان يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقى ، فاذا أخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب ان يفسخ العقد الذى أبرمه مع السلطان . وان ينتقض عليه ، وتكون الثورة فى هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من أنصار سلطان الشعب ، ان العقد الاجتماعى انما أبرم مابين أفراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، اذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، ويستعيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكلون أمر الاشراف عليها الى وكيل يقيمونه ، لهم حق عزله اذا أخل بواجبات الوكالة . وليس الضعف فى هذه النظريات جميعها راجعا الى انها افترضت وجود عقد اجتماعى لم يثبت التاريخ وجوده ، فأن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعى كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكيفون به

ضعف نظرية العقد
الاجتماعى

الروابط الاجتماعية . وانما الضعف الحقيقى يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبلا فى عهد الفطرة قلم تنظمهم جمعية بشرية ، والواقع من الأمر ان الجمعية البشرية وجدت منذ وجد الانسان ، ولم يعش الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا فى المجتمع .

٣٠ — مذهب القانون الطبيعى فى عهد الثورة الفرنسية وقانون نابليون

الثورة الفرنسية
اعلان حقوق الانسان

وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حد كبير بمذهب القانون الطبيعى ، وكانت فى تأثيرها خاضعة لنظريات روسو فى الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادىء مشتقة من مذهب القانون الطبيعى . وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الانسان » (Déclaration des Droits de l'Homme) وهى حقوق تستند كلها الى مبادىء القانون الطبيعى ، ، وقد نصت المادة الأولى منها على مايأتى : تولد الناس وتبقى أحرارا متساوين أمام القانون[١] ونصت المادة الثانية على مايأتى : « الغاية من كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التى لاتقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والامن ومقاومة التعسف[٢] .

قانون نابليون
المشروع الاول

وقد كاد واضعوا قانون نابليون أن يسجلوا فى هذا القانون ما قررته

---

(١) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

(٢) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la résistance à l'oppression.

الثورة الفرنسية فى « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعى عام ثابت لا يتغير . فجاء المشروع الأول لقانون نابليون تنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس الا العقل من حيث انه يحكم كل البشر »[١]. ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفى ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

المبحث الثانى

مذهب التطور التاريخى

٣١ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخى :

اتفاق التقنين مع فكرة القانون الطبيعى

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعى . وكانت حركة التقنين فى فرنسا التى تمت فى عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . ما دام هناك قانون طبيعى ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعى لا يتنافى اذن مع طبيعة القانون ، اذ يمكن للعقل البشرى أن يكشف القانون الطبيعى ، وأن يسجله فى كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود ، فانه ثابت أبدى .

ظهور مذهب التطور التاريخى ووقوفه ضد التقنين

ومهما يكن من أمر ، فان الفرنسيين أتموا تقنين قوانينهم فى السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا الى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة فى سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى التقنين الى بعض الأمم

---

(١) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes.

الأخرى كالنمسا . وقام تيبو Thibaut فى المانيا ينادى بتقنين القانون الألمانى . فتصدى له سافينى Savigny الفقيه الألمانى المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين فى رسالة مشهورة ، نشرت فى سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير فى عالم القانون ، فقد أرخت مذهبا جديدا هو مذهب التطور التاريخى .

مذهب التطور التاريخى رد فعل لمذهب القانون الطبيعى

ولقد كانت فكرة التطور مجهولة الى القرن الثامن عشر ، لذلك كان على فلاسفة القانون أن يختاروا فى النظر الى القانون بين أن يروه مشيئة تحكمية صادرة من هيئة عليا أو قانونا طبعيا ثابتا لا يتغير . فتغلبت فكرة القانون الطبيعى ، و بقيت متغلبة حتى آخر القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخى ، قال بها بعض الفلاسفة فى القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو Montesquieu صاحب كتاب «روح الشرائع » ولكن الفكرة لم تصبح مذهبا الا على يد هيجو (١٧٦٨ — ١٨٤٤) وسافينى (١٧٧٩ — ١٨٦١) فى أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث فى تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخى كان فى الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعى ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٢ — المبادىء التى قام عليها مذهب التطور التاريخى :

القانون متغير فى المكان وفى الزمان

يقوم مذهب التطور التاريخى على مبدئين :

(أولا) لا يوجد قانون طبيعى عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقا لحاجات كل أمة وظروفها . فالقانون كاللغة ، ينشأ فى البيئة الاجتماعية ، و ينمو نموا ذاتيا ، و يتطور متأثرا بعوامل البيئة الاقليمية والجوية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون و ينمو و يترعرع كمظهر من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافا لمذهب القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس عاما وليس ثابتا . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، هو المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون اذن متغير فى المكان وفى الزمان .

القانون يتطور لا يطور على نحو غير محسوس ودون غاية

(ثانيا) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرة التطور ، فان نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبعث من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك أرادة عاقلة تسيره وتكيفه ، فهو يتطور لا يطور .

مهاجمة المبدأ الاول : مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

٣٣ — مهاجمة مبادىء مذهب التطور التاريخي :

وسنرى فيما يلي أن مذهب التطور التاريخي قد هوجم بدوره وأن مذهب القانون الطبيعي ، بعد أن انتكص فى أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير فى المكان وفى الزمان ، وأنه لاتوجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب اسما جديدا ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة .

مهاجمة المبدأ الثانى: مذهب الغاية الاجتماعية

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعا لارادة مؤثرة ، ومتمشيا مع غاية اجتماعية مرسومة .

وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم فى ناحيتيه .

المبحث الثالث

مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

٣٤ — للقانون عنصر ثابت وآخر متغير :

عيب المدرسة التاريخية نفى كل وحدة ما بين القوانين

رأينا أن مذهب القانون الطبيعى قد انتكس فى أوائل القرن التاسع عشر ، واهتز تحت حملات المدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك ، وهاجم بدوره المدرسة التاريخية فى ناحيتها الضعيفة . فأن عيب المدرسة التاريخية الظاهر أنها جعلت لكل أمة قانونا خاصا بها ، وهو قانون متغير . ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم المتغايرة ، وأن تجعلها منسجمة فى ضرب من الوحدة ينتظمها جميعا . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعى فى القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية .

القانون ثابت فى أساسه متغير فى تفصيلاته

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما فى مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعى وخلق البيئة . ولكنهم يرجعون بعد ذلك الى مذهبهم فى القانون الطبيعى ، فيقررون أن هذه القوانين المتغايرة تتجمع كلها حول مبادىء أساسية ثابتة ، وهذه المبادىء الأساسية هى القانون الطبيعى الذى لايتغير فى المكان ولا فى الزمان . فالقانون الطبيعى إذاً ثابتا لا يتغير ، فانما يكون ذلك فى مبادئه الأساسية التى تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك اذن قانون طبيعى ثابت فى

أساسه ، متغير فى تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة (Droit naturel à contenu variable) كما دعاه ستاملر (Stammler) الفقيه الألمانى المعروف .

أنصار القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة فى الوقت الحاضر

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعى هذه المرونة من مذهب المدرسة التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقا لظروف المكان والزمان ، تطورا يغير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره وعادت فلاسفة القانون فى الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه فى فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont) ، وفى المانيا هيجل (Hegel) وستاملر (Stammler) . ويعتبر هيجل زعيم مدرسة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة .

المبادىء الأساسية

٣٥ — تطبيقات القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة :

ونورد مثلا على كيفية تطبيق القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة : يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش فى المجتمع ، يجب أن يتمتع بحقوق جوهرية ، هى الحق فى الحياة وفى السلامة ، والحق فى الحرية ، والحق فى الأسرة ، والحق فى الملكية ، والحق فى احترام تعاقده ، والحق فى التعويض عن الضرر الذى يصيبه ، والحق فى عدم إثراء الغير على حسابه .

تطبيقاتها التفصيلية

الحق فى الحياة

هذه هى المبادىء الجوهرية التى لا تتغير لا فى المكان ولا فى الزمان . فاذا ما أردنا تطبيقها وجدنا أن الحق فى الحياة لم يعترف به فى القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين وأسير الحرب وينكر اليوم على القاتل ، ولا ندرى هل يبقى هذا الحق منكرا حتى على القاتل ، فان من الفلاسفة من يرى الغاء عقوبة الاعدام . وكذلك الحق فى الحرية

الحق فى الحرية

بأنواعها من حرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع ، يتخذ صورا وأشكالا تختلف باختلاف الأمم واختلاف العصور ، فالبلشفية مذهب لا بد من اعتناقه فى روسيا ويجوز اعتناقه فى فرنسا ، ويحرم اعتناقه فى مصر . وكذلك موقف الأمم نحو الدين يختلف اختلافا كبيرا ، فمنها من تتخذ دينا رسميا ولا تبيح غيره ، ومنها من تتخذ دينا رسميا وتبيح اعتناق غيره ، ومنها من لا تتخذ دينا رسميا وتبيح اعتناق كل الأديان . والأسرة

الحق فى الأسرة

قد تطورت ، فبعد أن كانت أمية صارت أبوية ، ويختلف موقف الأمم تجاه بعض مسائل تتعلق بالاسرة ، كتعدد الزوجات والطلاق اختلافا كبيرا ، والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية فى بعض المنقولات ،

الحق فى الملكية

ثم فى البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية والقيود التى تحدها ، وأنواعها من ملكية مفرزة أو شائعة ومن ملكية مادية أومعنوية ، كل هذا يختلف اختلافا كبيرا من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل . وقل

العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير

مثل ذلك فى العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير . فهناك اذن مبادىء أساسية تبقى واحدة لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادىء تطبيقا تفصيليا يختلف باختلاف الأمة والعصر .

٣٦ — تقدير مذهب القانون الطبيعى بنوعيه

عيب مذهب القانون الطبيعى هو أنه لا يعطينا قانونا طبيعيا يجمع بين أن يكون صحيحا وعمليا . فالقانون الطبيعى الثابت قانون عملى غير

القانون الطبيعى الثابت : عملى غير صحيح

صحيح ، والقانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة قانون صحيح غير عملى . وذلك أن القانون الطبيعى الثابت ينزل الى تفاصيل الحياة وينحدر الى تفريعاتها، فهو عملى من هذه الوجهة ، ولكنه غير صحيح ، لأن القانون الذى ينزل الى كل هذه التفصيلات يتغير بتغير الأمة والجيل ، فليس صحيحا أن يقال

القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة صحيح غير عملي

بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة ، إذا كان صحيحا لأن مبادئه الأساسية لاتتغير ، فهو غير عملى ، لأن هذه المبادىء الأساسية لا تصلح للتطبيق العملى المباشر على تفصيلات الحياة ، أما ما يصلح منه للتطبيق العملى فتفصيلاته المتغيرة .

ومن ذلك نلمس ضعف القانون الطبيعي فهو ان كان صحيحا يكون غير عملى ، واذا كان عمليا يكون غير صحيح .

المبحث الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

الغاية

٣٧ — الغاية والكفاح فى القانون

يعتبر اهرنج (Ihering) (١٨١٨ – ١٨٩٢) الفقيه الألمانى المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فعنده أن القانون لايتطور تطورا أعمى الى غير غاية ، بل ان نشوءه وتطوره انما يكون طبقا لغاية مرسومة ، وان عامل الارادة البشرية فى تطوير القانون عامل لايجوز اغفاله ، بل إن عامل الارادة هذا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كفاحا مستمرا ، يوجه القانون الى الغـاية التى تتوخى . ومن تلك نرى أن اهرنج قد بنى القانون على أساسين : (١) الغاية (But) (٢) والـكفاح (Lutte) .

الظواهر الطبيعية : قانون السبب الظواهر الاجتماعية . قانون الغاية

٣٨ — قانون السبب وقانون الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها هى أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فانها تخضع لقانون الغاية فالجسم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجـاذبية ، والانسان يتصرف

تصرفا معينا للوصول إلى غاية معينة . والاسفنج إذا شرب الماء فأنما يخضع بذلك القانون السبب ،أما الانسان اذا شرب الماء فأنما يخضع لقانون الغاية

الفرق بين السبب والغايه

والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتى : (١) السبب سابق على المسبب ، اما الغاية فلاحقة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

عمل الانسان لابد له من غاية

٣٩ — القانون وسيلة لغاية :

ولما كان القانون ظاهرة إجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية ، فالقانون ليس اذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لايصدر فى عمله الا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون ، له غاية يرسمها لنفسه ، وان كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة هذه الغاية .

حب الذات وحفظ الذات : اللذة والالم

والغاية من القانون هى حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة الألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقرونا باللذة التى يدفع اليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقرونا بالألم الذى يبعد عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثوابا يدفع اليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقابا يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذى ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس الا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب الذات وحفظ المجتمع : الثواب والعقاب

القانون وسيلة لغاية مبصرة

فالقانون أذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والانسان فى ذلك يسير على هدى غايته سيرا أيجابيا ، ولا يقتصر على أن يقف موقفا سلبيا ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه . بل هو يؤثر فى القانون بفعله ؛

الكفاح فى القانون

ويكيف تطوره . بل هو يقوم بأكثر من عمل ايجابى ، يقوم بكفاح عنيف ، حتى يغير من اتجاه القانون اذا حاد عن الطريق الموصل للغاية . وقد يقتضى هذا منه عملا عنيفا بالغا فى العنف وليكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدينة المتطورة لايشترى الا بهذا الثمن .

الموقف الايجابى

٤٠ — مزية مذهب الغاية :

من مزايا الغاية الاجتماعية انه يجانب ماوقع فيه مذهب التطور التاريخى من المبالغة فى تصوير القانون تطورا يقع من تلقاء نفسه ، وينتزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لاقصد له ولا غاية . فنظرية أهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هى حفظ المجموع ، فاذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالا . فالنظرية إذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل . وتنفض غبار الاتكال الذى يتراكم فى مذهب التطور التاريخى ، وهو المذهب الذى يدع الانسان يكتف يديه مكتفيا بأن ينظر القانون يتطور .

الكفاح

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الانسان ، يريد ويكافح فى سبيل تحقيق مايريد . وما الحركات الكبرى التى خطت بالانسانية الى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير . تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب وتحرير العمال .

المبحث الخامس

مذهب التضامن الاجتماعى

ديجيه زعيم مذهب التضامن الاجتماعى

٤١ — الاسس التى يقوم عليها المذهب

مذهب التضامن الاجتماعى مذهب واقعى لاميتافيزيكى

يعتبر ديجيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعى من رجال القانون . وقد بسط مذهبه فى مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على أنه مذهب علمى واقعى (Positive) ، بعيد كل البعد عن التأثر بالميتافيسيكا (Métaphysique) ، والميتافيسيكا تختلف عن العلم فى أنها تبحث فى الأصل الأول للاشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تجاوز ذلك الى الجوهر والهيولى . وهذا الاصل الأول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . أما العلم فتقصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذى لايقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب. فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمى .

ركنا المذهب : الحقائق الواقعة يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديجيه مذهبا علميا واقعيا ، يصدر عن المشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعى أن يقوم مذهبه على ركنين :

(أولا) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانيا) ما يستخلصه من النتائج من هذه الحقائق الواقعة الآتية :

٤٢ — الحقائق الواقعة فى مذهب التضامن الاجتماعى

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع

(١) وجود المجتمع ، مما لاشك فيه أن الانسان يعيش فى المجتمع ،

وانه كان دائما يعيش فى المجتمع ، ولايستطيع ان يعيش الا فى المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضا ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لايستطيع ان يرضيها الا فى المجتمع وبالمجتمع .

(٢) وجود التضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعى : ومادام الانسان يحسن ذاتيته ولا يستطيع ان يفى بحاجاته الا فى المجتمع ، فانه يرتبط بافراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند ديجيه حقيقة واقعة علمية لامثل أعلى ميتافيسيكى . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقد كان الانسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين فى الدفاع عن النفس وفى توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (cité) وهى مجموعة من الاسر يربط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة (Nation) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضى من احداث ، وما يزخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بافراد الانسانية جميعا فى المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعى ضربان ، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتى من اشتراك الناس فى حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعا للحصول عليها ، كما يكون الأمر بين أفراد الاسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتى من اختلاف الناس فى حاجاتها وفى قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل

فيما بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الآخرين ما عنده بما عندهم . وتضامن التقسيم هو الذى يسود شيئا فشيئا مع تقدم المدنية ، لان الناس مع تقدم المدنية تزيد تباينا فى كفاياتها وفى حاجاتها فيجنح كل فريق الى التخصص .

٤٣ ـ النتائج المستخلصة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ ديجيه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص منها نتيجة ايجابية وأخرى سلبية فالنتيجة الايجابية هى تأكيد وجود القاعدة القانونية (Droit objectif) والنتيجة السلبية هى انكار وجود الحق الفردى (Droit subjectif)

(١) وجود القاعدة القانونية

(١) وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديجيه من الحقائق التى قررها قاعدة قانونية جوهرية هى أساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها فى العبارة الآتية : يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعى فى أية صورة من صورتيه ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجيه أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى (positive law) ليس الا تطبيقا لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد والدولة

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة . أما الزامها للفرد فمعناه أن كل إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها . وكل ارادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعى لا يكون لها أثر . أما الزامها للدولة فمعناه أن الحكومة ملزمة بتمكين الفرد اتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعى ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعى أساسا لها فى الادارة وفى القضاء وفى التشريع .

والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائما على أساس التضامن الاجتماعى ومحققا له .

قاعدة ثابتة فى أساسها متغيرة فى تطبيقاتها

فقاعدة التضامن الاجتماعى ثابتة فى أساسها متغيرة فى تطبيقاتها . مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين الأفراد ، وتطبيق ذلك واضح فى الخدمة العسكرية وفى الضريبة التصاعدية وفى التعليم الالزامى . ومقتضى تضامن الاشتراك أيضا هو احترام نشاط كل فرد فى حدود احترام نشاط الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح فى عدم تقييد حرية العمل وفى عدم تقييد حق الفرد فى تملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها وفى عدم الترخيص باحتكار وسائل الانتاج . ومقتضى تضامن الاشتراك أخيرا هو احترام النشاط الأدبى لكل فرد ، وتطبيق ذلك واجب فى وجوب اطلاق حرية الرأى والدين والاجتماع والتعليم والصحافة . والدولة ملزمة كذلك بتحقيق تضامن التقسيم ، فالمساواة التى تحترمها ليست هى المساواة الحسابية بل المساواة التى تتناسب مع كفاية كل فرد . ولا يجوز للدولة أن تلزم الفرد بحرفة معينة ، أو أن تقفل باب حرفة معينة فى وجهه ، أو أن تعيد نظام الطوائف الصناعية . والى جانب هذه الالتزامات السلبية توجد التزامات ايجابية . كحفظ الأمن العام والاشراف على الصحة العامة وايجاد عمل للأصحاء ومساعدة المرضى والعاجزين ، وحماية الحريات العامة حماية ايجابية وحماية حق الملكية وحماية العمال .

(٢) عدم وجود الحق الفردى

٢ — عدم وجود الحق الفردى

ويذهب ديجيه الى أن الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه من حيث أنه انسان . بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه فى التضامن

الاجتماعي . واذا كان له هذا الحق فذلك هو أن يقوم بواجبه في تحقيق هذا التضامن .

الحرية وظيفة اجتماعية

فالحرية ليست حقا للفرد . بل هي وظيفة اجتماعية ، تمكّن الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعي ، فيجب تقييدها وفقا لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الانسان حرا في أن ينتحر أو يدخل في مبارزة ولا في أن يقوم بألعاب خطرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

الملكية وظيفة اجتماعية

والملكية كذلك ليست حقا للفرد ، هي وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تدوم مادامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية في المدنية الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعي ، اذ أن هذا التضامن يقتضي أن يستولي كل عامل على ثمرة عمله ، وأن يستطيع ادخاره ، بل أن يورث عنه ، حتى تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها في الانتاج ، وهي أحد أركانه الهامة . فالمالك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم به في تحقيق التضامن الاجتماعي ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . ومادامت للملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها في غير تأدية هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤلية المالك اذا استعمل ملكه في الاضرار بالغير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه هو فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد الغير أسلاكا للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير محلقا فوق جوه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يعطيه التعويض المناسب . على أن الملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى الا في الظروف التي تبررها ، أما اذا تغيرت الظروف ، وتحورت وسائل الانتاج وأصبحت

الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فانها يجب أن تزول .

٤٤ — نقد مذهب التضامن الاجتماعى :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجيه يزعم أنه خصم لدود للميتافيسيكا وخصم لدود لمذهب القانون الطبيعى ، وأن مذهبه علمى واقعى . والواقع من الأمر أن مذهبه لايسلم من الميتافيسيكا حتى فى أسسه الجوهرية، وهو قريب من مذهب القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة .

المذهب ميتافيسيكى لا واقعى

أما أن مذهبه لايسلم من الميتافيسيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هى حقيقة التضامن الاجتماعى . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعى يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما انه يقوم عليها فهذا صحيح . واما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح اذ أن هناك حقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعى يقوم عليها المجتمع بل أن هنـاك حقيقة مناقضـة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعى ، هى حقيقة التنافس والتناحر مابين الأفراد وتنازع البقاء ، لهـا أثر فى نظام المجتمع لا يقل فى القوة عن أثر التضامن .

بقى أن يقول ديجيه ولـكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لاعلى التنازع ، ولـكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع الى دائرة الواجب أى من دائرة العلم الى دائرة الميتافيسيكا .

وهو قريب من مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

وأما مذهب قريب من مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة فذلك ظاهر فان ديجيه يقرر قاعدة جوهرية هى قاعدة التضامن ، ثم يقول أن هـذه القاعدة الجوهرية ثابتة فى اساسها متغيرة فى تطبيقاتها ويورد تطبيقات متغيرة تدور كلها حول القاعدة الجوهرية ومذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة لايقول بغير ذلك ، فهو يورد أساسا معقولا

يبنى عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هـذا الأساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل .

المبحث السادس

مذهب العلم والصياغة

٤٥ — العلم والصياغة فى القانون :

يذهب جنى (Geny) فى كتابه المعروف « العلم والصياغة فى القانون الخاص » (Science et Technique en Droit Privé) ، الى أن القانون شىء معقد فى طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقا حتى تتبين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين العلم والصياغة .

العلم

فالعلم (Science) ، بالمعنى الواسع الذى يريده جنى ، هو المادة التى يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهديا بمثل أعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

الصياغة

والصياغة (Technique) هى القالب التى تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملى . فالصياغة اذن هى الشكل والصورة .

ولنبسط القول فى كل من هذين العنصرين :

١ – العلم

عوامل أربعة

٤٦ — العوامل الأربعة التى يتضمنها العلم .

يميز جنى فى العلم بين عوامل أربعة : (١) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) (٣) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) (٤) عامل الحقائق المثالية (Données idéales) .

الاحوال المادية

— عامل الحقائق الواقعية .

ويشمل جميع الأحوال الطبيعية التى تحيط بالانسان وتلحق به وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفسيولوجى والوسط الجغرافى ، والأحوال الأدبية كالحالة النفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية ، والاحوال الاقتصادية والأحوال السياسية ، والأحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هى للقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التى ينشأ فيها . فمثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فانه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجى لكل من الرجل والمرأة ، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة فى المجتمع وهكذا .

الاحوال الادبية
الاحوال الاقتصادية والسياسية والاجتماعية

مثل ذلك : عقد الزواج

٤٨ — عامل الحقائق التاريخية

تطور النظم القانونية

ويشمل التطورات التاريخية التى مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرئها الباحث من التاريخ ، وهى بمثابة مختبر للتجارب فى القانون وفى العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرئنا التاريخ أنها مرت بأدوار متعاقبة من التطور ، فكانت فى القديم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية فى بعض الحاجيات الشخصية للانسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك فى غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الارض والعقار . ومثل آخر الاسرة . بدأت أمية ، أى تنتسب الى الأم ، ثم تطورت أبوية أى تنتسب الى الأب وكان للأب (Paterfamilias) سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته وأخذ أفراد الأسرة يتحررون شيئا فشيئا من هذه السلطة ، حتى انتقلنا الى الأسرة الحديثة فى تطور مستمر .

مثل ذلك : الملكية

الاسرة

٤٩ — عامل الحقائق العقلية

ويشمل القواعد التى يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحورها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التى وجد من أجلها القانون . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهى مبنية على العقل كما قدمنا . فهى اذن أقرب الى أن تكون أسس القانون الطبيعى الذى استعرضنا مذاهبه المختلفة على أن ما يمليه العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحى العقل انه يجب أن يكون اقترانا بين رجل وامرأة ، ثابتا مستقرا ، حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن عدم جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق العقلية بل من الحقائق المثالية وهى الحقائق التى تنتقل اليها الآن .

مقارنتها بالقانون الطبيعى

مثل ذلك : الزواج

٥٠ — عامل الحقائق المثالية

ويشمل المثل العليا التى يرتسمها الانسان للنهوض بالقانون فى مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الايمان لا من العقل . والمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة والجيل ، ففى الزواج مثلا قد يكون من المثل العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفى اثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير اثبات النسب الشرعى من طريق افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب فى انكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير اثبات النسب الطبيعى والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق المثالية أن القانون يتطور فى ظلها فلا يبقى جامدا ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية فى جانب جمود القانون . كما تم الأمر فيما يتعلق بالغاء الرق وبايجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

العاطفة والايمان لا التفكير والعقل

نسبية المثل العليا الزواج والنسب

تطور القانون فى ظل المثل العليا

عنصر العلم يتضمن قسطا من كل مذهب من المذاهب المتقدمة

٥١ — ملاحظتان :

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم فى القـــانون نبسط ملاحظتين :
الملاحظة الأولى أن هـذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التى سبق استعراضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هى مذهب التضامن الاجتماعى والحقائق التاريخية هى مذهب التطور التاريخى ، والحقائق العقلية هى مذهب القانون الطبيعى . والحقائق المثالية هى مذهب الغاية الاجتماعية .

انتقال القاعدة القانونية من الواقع الى الواجب الى المطبق

الملاحظة الثانية أن القـاعدة القانونية ، وهى لا تزال فى دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

٢ ـ الصياغة

٥٢ ـ نوعان فى الصياغة :

قدمنا ان الصياغة هى القالب الذى تصاغ فيه القواعد المستمدة من العنصر العلمى ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمى وهى العنصر الهام فى القانون ، وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

الصياغة المادية والصياغة المعنوية

ويميز جنى بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية (Procédés matériels) وصياغة معنوية (Procédés intellectuels) .

(أ) – طرق الصياغة المادية

٥٣ – أمثلة على الصياغة المادية :

ويمثل جنى لطرق الصياغة المادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

الكم والشكل والتقسيم

(١) الكم مكان الكيف (Quantification en place de quali- fication) (٢) الشكل (Forme) (٣) التقسيم (Classification) . ونقول كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ – الكم مكان الكيف :

ومعنى ذلك ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه الى تقديره بكمه . وبدلا من ان يصف الشيء وصفا يدع مجالا عند تطبيقه الى اختلاف الآراء ، يحده تحديدا عدديا يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف فى التطبيق . وهذه هى الصياغة القانونية المادية التى ترمى الى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العملى . مثل ذلك التقادم والغبن والربا الفاحش . ففى التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتى كل من وضع يده على عين مدة طويلة الى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين يملك العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من كيف الى كم ، وتصبح القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتى :

أمثلة : التقادم

كل من وضع يده على عين مدة خمسة عشر سنة باعتبار أنه مالك لها يصبح مالكا بالفعل ، وكذلك فى الغبن يحدد قدر الغبن الفاحش بأنه الذى يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددى محل التحديد الوصفى . وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٩ ٪ .

الغبن

الربا الفاحش

٥٥ — الشكل

التحديد من طريق الاشكال والأوضاع

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون أشكالا وأوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محدودة فى الذهن ، مستقرة فى التعامل . مثل ذلك بعض العقود الخطيرة التى يرى القانون التنبيه على خطورتها حتى لا يقدم عليها المتعاقد إلا وهو متثبت مما يقدم عليه ، كالهبة والرهن والتأمين . فمنى الخطورة هذا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن ، ولا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقا لأوضاع معينة . كذلك عند ما يشترط القانون الاثبات الكتابى فيما تزيد قيمته على مبلغ معين ، يكون قد لجأ أيضا الى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، فى اثبات العقد لا انعقاده . وقل مثل ذلك فى اعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفى اجراءات المرافعات ، عند ما يشترط القانون اعلانات مكتوبة فى مواعيد معينة واجراءات تتخذ فى أوضاع محدودة .

أمثلة :

تكوين العقود الشكلية

اثبات العقود

اعلان التصرفات العقارية

اجراءات المرافعات

٥٦ — التقسيم

ترتيب المعانى ترتيبا منطقيا

ويلجأ القانون الى هذه الطريقة فى الصياغة المادية عند ما تزدحم المعانى ، ويدفع بعضها بعضا . فحتى ترتب هذه المعانى ، وتتبين الصلة المنطقية بينها ، يعمد القانون الى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر أثره فى المعقود عليه ، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فاذا عمدنا الى الصياغة من طريق التقسيم أمكن أن نقول أن العقد اما أن يقع على ملكية الشىء أو على

مثل ذلك :

تقسيم العقود

منفعته ، وهو اما أن يكون معاوضة أو تبرعا . فاذا وقع على ملكية الشيء معاوضة فهو بيع ، وان تبرعا فهو هبة ، واذا وقع على منفعة الشيء معاوضة فهو اجارة ، وان تبرعا فهو عارية .

ب . طرق الصياغة المعنوية

٥٧ — أمثلة على الصياغة المعنوية

الأوضاع الفرضية والصورية والتصويرية

ويمثل جنى للصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك : (١) الأوضاع الفرضية (Présomptions) (٢) الأوضاع الصورية (Fictions) (٣) الأوضاع التصويرية (Constructions) .

٥٨ — الأوضاع الفرضية :

الانتقال من المرجح الى المؤكد من طريق الفرض

ويلجأ اليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويغلب وقوعه فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذا بالأغلب ، واقرارا للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، لجأ فى وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية ، اذ فرض أن كل حائز لمنقول بحسن نية مالك لهذا المنقول ، وهذا فى الغالب يتفق مع الواقع . أما فى القليل النادر عند ما يكون حائز المنقول غير مالك ، فالقانون يفرضه مالكا حتى يحسم بذلك النزاع عند التعامل فى المنقول ، ويطمئن كل انسان انتقل الى يده منقول وهو حسن النية الى أنه أصبح مالكا لهذا المنقول .

أمثلة :

الحيازة فى المنقول سند الملكية

مسئولية السيد عن خادمه

مثل آخر مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها أن السيد مقصر فى اختيار خادمه أو فى الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولا عن خطأ خادمه .

٥٩ — الأوضاع الصورية :

وصف الشيء بوصف مناقض لحقيقته

ويلجأ اليها المشرع عند ما يريد أن يلحق فى الحكم شيئا بشيء آخر مناقض له . مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمنقول بحسب المآل (Meuble par anticipation) فالعقار بالتخصيص كالمواشى والآلات الزراعية الملحقة بالمزرعة ، منقولة حقيقة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها عقارا حكما ، أو عقارا بالتخصيص ، حتى يلحقها فى الحكم بالمزرعة التى خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن المزرعة . والمنقول بحسب المآل ، كالأنقاض تباع والدار لا تزال قائمة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ، ويجعلها منقولا حكما ، أو منقولا حسب المآل ، اذ مآلها الهدم فتصبح أنقاضا ، حتى يعطيها حكم المنقول من حيث البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص اذن ليس عقارا الا من طريق وضعى صورى كذلك .

أمثلة : العقار بالتخصيص للمنقول حسب المآل

٦٠ — الأوضاع التصويرية :

مد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف

ويلجأ اليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف ، وليس الشيئان متناقضين كما فى الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

مثل ذلك : الملكية الأدبية الفنية والصناعية الشخصية المعنوية

الباب الثاني

مصادر القانون

٦١ — تعريف « مصدر القانون »

مصدر القانون هو الطريق الذى تؤخذ منه قواعده وأحكامه .

٦٢ — المصدر الرسمي والمصدر التفسيري

ومصادر القانون أنواع مختلفة ، نقف منها عند نوعين : المصدر الرسمي والمصدر التفسيري .

المصدر الرسمى

فالمصدر الرسمى هو السلطة التى تعطى القواعد القانونية قوتها الملزمة . ولكل قانون مصدر رسمى أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الاسلامية مصدرها الرسمى الدين والفقه ، والقانون الانجليزى مصدره الرسمى القضاء والتشريع ، والقانون المصرى مصدره الرسمى التشريع والدين والعادة والقانون الطبيعى ومن ذلك نرى ان المصادر الرسمية للقانون هى العادة والدين والقانون الطبيعى والتشريع والفقه والقضاء .

المصدر التفسيرى

والمصدر التفسيرى هو المرجع الذى يجلو غامض القانون ، ويوضح مبهمه . وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقه والقضاء . فالفقه والقضاء اذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .

ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتى : العادة والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ثم التشريع ، ثم القضاء والفقه .

الفصل الاول

العادة والعرف

١ — كيف تصبح العادة قانونا

٦٣ — كيف تنشأ العادة : عنصراها المادى والنفسى :

لايعيش الانسان الا فى المجتمع ومن ثم لامحيص من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولابد من تنظيم هذه الروابط .

وفى مجتمع فطرى لم يجتز الا المراحل الاولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لاتوجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم الروابط لاجتماعية . فتقوم العادة لتنظيم هذه الروابط . وهى تشتمل على عنصرين : (العنصر الاول) . هو العنصر المادى ، وهو مايختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لايمكن تحديد منشأها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحى فى ذلك الظروف التى تحيط به ، وعقله الذى يقدر هذه الظروف ، وغريزته التى يستمد منها الالهام . (العنصر الثانى) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين . العامل الاول هو الميل الى المألوف ، وايثاره على غير المعروف ، فالناس لايحبون ان ينحرفوا عن شىء يعرفونه الى شىء يجهلونه ، والطريق التى يشقها الشخص هى الطريق التى يعود اليها . والعامل الثانى غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه فى أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ، ويرسخ أثرها فى النفوس . هذا الى صبغة دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحوطها بشىء من الهيبة والتقديس .

العنصر المادى

العنصر النفسى
الميل الى المالوف

حب التقليد

٦٤ — متى تصبح العادة قانوناً :

متى توافر للعادة عنصراها المادى والنفسى ، اضطرد اتباعها ، وصار الناس يألفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذا يستفز الانكار ؛ ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانونا .

الشروط الواجب توافرها :

وحتى تصبح العادة قانونا يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

عامة

(١) أن تكون عامة ، فلا تختص بمكان معين ولا بشخص معين ولكن يجوز أن تختص بجهة معينة . فتكون عرفا محليا ، أو بطائفة من الناس ، فتكون عرفا خاصا بهذه الطائفة .

قديمة

(٢) وأن تكون قديمة ، فيتواتر الجرى عليها منذ العهود القديمة .

ثابتة

(٣) وأن تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة ،

غير مخالفة القانون او النظام العام

(٤) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا للآداب ولا للنظام العام ، فاذا اصطدمت العادة مع نص تشريعى فالنص التشريعى ينسخ العادة . واذا كانت العادة مخالفة للآداب أو للنظام العام ، (كما فى الموت المدنى الذى يصحب الرهبنة فى المسيحية فانه مخالف للنظام العام) ، فانها لاتكون قانونا .

ملزمة

(٥) وأن تكون ملزمة . فهناك عرف يجرى عليه الناس ، على الا يكون ملزما لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا العرف لايكون قانونا . مثل ذلك ما اصطلح عليه الناس من التهادى والتعازى فى مناسبات معينة ، كالاعياد والأفراح والمآتم ونحوها ، وماجرى عليه الجيران من أعمال التسامح فيما بينهم .

سبب اعتبار العادة قانونا :
ارادة المجتمع
استقرار التعامل

فاذا توافرت هذه الشروط فالعادة تعتبر قانونا لسببين : (أولا) لانها تكون اذ ذاك تعبيرا صحيحا عن ارادة المجتمع . (ثانيا) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعها ، فوجبت مراعاتها حفظا لاستقرار المعاملات .

ولكن هل العادة قانون لأن المحاكم تطبقها ، أو أن المحاكم تطبقها لأنها قانون ؟ يقول بالرأى الأول المدرسة التحليلية ، فهى لا تعطى العادة صفة القانون الا اذا طبقتها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق . ويقول بالرأى الثانى المدرسة التاريخية فعندها أن العادة قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصفتها القانونية ومظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو الى تفضيل الرأى الأخير ، على أن الفرق العملى بين الرأيين ليس بالكبير .

٦٥ — *مصير العادة بعد تقدم المدنية :*

وهكذا تبقى العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها المحل الأول ، بل يكاد يكون لها المحل الوحيد ، فى أمة لا تزال فى فجر مدنيتها ، حتى اذا تقدمت المدنية ، وتعقدت الروابط الاجتماعية ، وتشعبت العادات ، رأى المجتمع حاجته فى أمرين : (أولا) فى ضبط هذه العادات وتحديدها بعد التشتت والتشعب ، وكثيرا ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما تم ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، ومع ذلك تبقى قانونا (غير مكتوب) لأن القانون (المكتوب) ينشأ من أول الأمر مكتوبا كالقانون الذى يكون مصدره التشريع . (ثانيا) فى ايجاد مصدر رسمى آخر للقانون ، يكمل ماتقتصر العادات دونه ، ويفى بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهذب من العادات القديمة بما يجعلها تتمشى مع روح التطور . فلابد اذن من اصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبى من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جانب العادة ، يكملها ويهذب قديمها وينسخ فاسدها ، مصدر رسمى آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعى أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها .

على أن هذا التطور ليس بالأمر اليسير ، فهى حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولايزال يداوره حتى يظفر به ، فتخطو المدنية خطوة الى الى الأمام . وفى هذا الحرب تتنازع الغريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعامليها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاراة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

تطور العادة من مصدر رسمى الى مصدر تاريخى

وترى من ذلك أن العادة لها الشأن الأول فى مدنية فطرية . فاذا تقدمت المدنية قل شأن العادة ، وهى اذا بقيت مصدرا رسميا للقانون فانما تبقى كذلك فى حدود ضيقة ، وتنقلب فيما تزحزحت عنه الى مصدر تاريخى . وهكذا تتقدم المدنية ، فيضعف شأن العادة كمصدر رسمى ، وتتسع دائرتها كمصدر تاريخى . ويحل محل العادة فى مدنية متقدمة (اجتازت مرحلتى الصيد والبداوة الى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة) الدين والقانون الطبيعى والتشريع .

٦٦ — تطبيق ما تقدم على الشرائع القديمة :

الشريعة الرومانية

كان ما قدمناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى اذا تقدمت المدنية الرومانية ، وتوافر للشعب الرومانى تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه العادات وجمعت فى الألواح الاثنى عشر المشهورة . . وقام التشريع الى جانب العادات مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والفقه كذلك مصدرين رسميين فى المكان الأول من الأهمية فى نشوء القانون الرومانى وتطوره .

الشريعة الاسلامية

وكان ذلك أيضا شأن الشريعة الاسلامية . فقد كانت الأمة العربية

فى بداوتها فى عصر الجاهلية ، خاضعة لعاداتها ، وقد اصطبغت بعض هذه العادات بصبغة الدين الوثنى . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش فى عهد البداوة ، لا يجمعها سلطان واحد . وبقى الأمر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبعث النبي صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان العادات ، وقام الدين مصدرا رسميا للتشريع . على أن العرف بقى مصدرا للقانون فى الشريعة الاسلامية ، فقد كان الاجماع فى أول أمره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح اجماع المجتهدين فى كل عصر . ولا يزال من المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية أن العادة محكمة ، ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة [1] .

الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة فى القبائل الانجلوسكسونية ، وهى القبائل التى كانت تسكن الجزيرة الانجليزية من قديم . ثم اقترن فى القرن الحادى عشر عادات القبائل النورماندية التى فتحت الجزيرة الانجليزية فى ذلك الحين . ولما تطورت المدنية الانجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع فى حاجة الى مصدر رسمى

---

(١) جاء فى مجلة الأحكام العدلية نصوص كثيرة تأخذ بالعادة مصدرا للقانون . ومن هذه النصوص :

م ٣٦ : العادة محكمة . يعنى أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكمها لاثبات حكم شرعى .

م ٤١ : انما تعتبر العادة اذا اضطردت أو غلبت .

م ٤٣ : المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

م ٤٤ : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

م ٤٥ : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم ، وصارت العادات تقرها الأحكام القضائية وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد المبادىء القانونية بتكررها ، الى أن صار القضاء هو المصدر الرسمى للقانون فى الشريعة الانجليزية .

وقام مقام العادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء فى الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين فى الشريعة الانجليزية .

وبدأ القانون الفرنسى القديم عادات تنظم الروابط الاجتماعية . وامتزج القانون الرومانى بهذه العادات بعد الفتح الرومانى . ثم دخل قانون الكنيسة . و بقيت قوانين العادات تنمو وتطرد مع الزمن ، حتى انقسمت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالى و يطبق العادات ، والقسم الجنوبى و يطبق القانون الرومانى .

ولما قويت الملكية فى فرنسا وتركزت ، جمعت العادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمى للقانون الفرنسى ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى أوجه فى عهد التقنينات المعروفة بتقنينات نابليون ، اذ سيطر المشرع نهائيا على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمى الرئيسى فى القانون الفرنسى الحديث .

٢ — العادة والعرف كمصدر رسمى للقانون المصرى

٦٧ — كيف تكون العادة مصدرا رسميا للقانون المصرى :

تكون العادة مصدرا رسميا للقانون المصرى بأحد معنيين : (١) المعنى

التعامل يكون قد استقر على اتباعه ، فوجبت مراعاته حفظا لاستقرار المعاملات .

٦٨ — امثلة على العادة كمصدر رسمي مباشر للقانون المصرى

من ذلك العادات للرعية التى بنى عليها قسم كبير من الامتيازات الأجنبية المعروفة . فهذه الامتيازات لم تقم كلها على معاهدات دولية بل توسع الأجانب فيها توسعا كبيرا ، جريا على العادات التى نشأت من جراء تهاون الحكومات السالفة .

ومن ذلك العادات التجارية ، ولها أهمية كبرى ، حتى قيل أنها تنسخ التشريع . ومن أمثلة العادات التجارية التى تعتبر قانونا العرف المتبع فى سوق القطن (كأن تكون مصاريف النقل والسمسرة على العميل ، وكأن يحسب سعر القطن باعتباره محلوجا ، وكأن يكون السعر الرسمى خاصا بمرتبة معينة من القطن) ، والعادات المتبعة فى البورصة وفى الشركات (وقد جرت العادة أنه اذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بادارة العمل ، فللأول ثلثا الأرباح وللآخر الثلث ، ما لم يتفقا على غير ذلك) .

ومن ذلك العرف الذى يؤخذ به فى بعض المسائل المدنية ، كما فى الايجار اذا لم يتفق المتعاقدان على الأجرة فان العرف يحددها ، وكذلك شروط الايجار كالشروط الخاصة بالمياه والنور ، وكما فى حقوق الجوار فانه يؤخذ فيها بالعرف فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضررا فاحشا ، وكما فى افتراض ملكية الزوجة المسلمة للمنقولات المنزلية جريا على العرف .

٦٩ — أمثلة على العادة كمصدر رسمي غير مباشر للقانون المصري :

والأمثلة كثيرة على العرف يحيل عليه المشرع المصري كمصدر للقانون .

ففي القانون المدني تقضي المادة ٣٠/٥١ بأن الاتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميري ، وتتبع فيه شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . وتقضي المادة ١٣٨/١٩٩ بأنه يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كان المعنى اللغوي للألفاظ المستعملة فيها ، مع مراعاة مايقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري . وتقضي المادة ٢٧٧/٣٤٨ بأنه يجب أن يكون التسليم (تسليم المبيع) في الوقت المعين له في العقد ، فاذا لم يشترط فيه شيء بذلك الخصوص ، وجب التسليم وقت البيع ، مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف . وتقضي المادة ٢٨٤/٣٥٦ بأن مصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا ان لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك في جميع الأحوال . وتقضي المادة ٢٨٦/٣٥٨ بأنه في حالة عدم وجود شرط في عقد البيع ، تتبع القواعد المقررة في الأحوال الآتي بيانها ، ان لم يقض عرف الجهة بغير ذلك . وتقضي المادة ٣٢٦/٤٠٤ بأنه يتبع عرف التجارة فيما يتعلق باستنزال مقادير ظروف البضائع وأوعيتها . وتقضي المادة ٣٢٩/٤٠٧ — ٤٠٩ بأنه في حالة عدم وجود شرط صريح في العقد ، يكون الثمن واجب الدفع حالا في مكان تسليم المبيع ، واذا كان الثمن مؤجلا

يكون دفعه فى محل المشترى ، ومع ذلك يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى . وتقضى المادة ٤٤٦/٣٦٣ بأن عقد الايجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز اثباته الا باقرار المدعى عليه أو بامتناعه عن اليمين اذا لم يبتدأ فى تنفيذ العقد المذكور ، وأما اذا ابتدىء فى التنفيذ ، ولم يوجد سند مخالصة بالأجرة ، فتقدر الأجرة بمعرفة أهل الخبرة ، وتعين المدة بحسب عرف البلد . وتقضى المادة ٤٩٣/٤٠٥ بأنه اذا لم يحصل اتفاق على تعيين الأجرة (فى عقد الاستصناع) يتبع ما قرره العرف لتعيين مقدار الأجرة ، سواء كانت مستحقة أو مدفوعة . وتقضى المادة ٤٩٧/٤٠٨ — ٤٩٨ بأن المهندس المعمارى يستحق أجرة خاصة بعمل الرسم والمقايسة وأجرة لادارة عمل البناء ، فان لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى .

وفى القانون الجنائى قضت المادة الأولى بأن أحكام هذا القانون تسرى على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه ، إلا إذا كان غير خاضع لقضاء المحاكم الأهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات مرعية . وتقضى المادة ١٧٤/١٧٠ بأن من قلد المسكوكات المتداولة قانونا أو المتداولة عرفاً فى مصر ، سواء كانت من الذهب أو الفضة ، أو نقص قيمتها ، أو روجها ، أو أدخلها فى مصر ، أو تعامل بها ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة .

ويقضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خاصاً بمركز سيوة ، بأن القضاء فى جميع المواد المستوجبة للتعذير بأنواعها ، من المخالفات والجنح والجنايات ، يكون بمقتضى العادات والقواعد المتبعة فى تلك الجهة ، أما القضايا المدنية والتجارية فالفصل فيها يكون بطريق

التحكيم ، واذا رفعت دعوى من هـذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد العدل وبموجب عادات تلك الجهة . ويقضى القانون نمرة ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سيناء بأن القضاء فى مواد العقوبات يكون بمقتضى القانون ، أو بالعقوبات التى تقضى بها العوائد المحلية الثابتـة بدلا من العقوبات التى يجوز الحكم بها بمقتضى القانون ، ويشترط أن تكون العوائد المحليـة غير مخالفة للعـدالة أو الآداب ، ويقضى فى المواد المدنية بمقتضى قواعد العـدل والقانون الطبيعى ، مع مراعاة ما لا يخالفهما من العوائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح فى المواد الجنائية اذا رضى به من أضرت به الجريمة ، وكان من رأى أغلبية العدول أنه موافق للعوائد المحليـة . ويقضى القانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٢ الخاصـة بالواحات الداخلة والخارجة والبحرية بمراعاة العرف فى نظر القضايا المدنيـة ، ما دام مطابقاً للعدالة والحقوق الطبيعية .

الفصل الثاني

الدين

١ — كيف يكون الدين مصدرا رسميا للقانون

ما هو الدين : الدين وحي ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه ، لارشاد الناس فى معاشهم وفى معادهم . فهو يشمل واجب الانسان نحو الله، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

الدين بمعنى عام

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة وينسب اليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التى اعترف بها الاسلام أديان أخرى كالبوذية والبراهمية وغيرها .

الدين والروابط الاجتماعية

ولا يعنى الروابط الاجتماعية — وهى وحدها موضع القانون — من الدين الا ما كان راجعا الى واجب الانسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع فى تناول واجب الانسان نحو غيره توسعها فى تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاسلامى والدين اليهودى ، فهذه تكون مصدرا خصبا للقانون . ومنها ما يعنى بالواجب نحو الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير الا الماماً يسيرا ، كالدين المسيحى ، وهذه تكون أيضاً مصدرا للقانون فى حدود ضيقة .

٧٠ — متى يكون الدين مصدرا رسميا للقانون

تفاوت الأديان فى

والدين يكون مصدرا رسميا للقانون اذا عرض لتنظيم

تناول الروابط الاجتماعية

الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من الله ، تجب لها الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

اثر الدين فى العادات

ويأتى الدين بعد العادات مصدرا رسميا للقانون ، ينسخ من العادات فاسدها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزا عنيفا ، ويهدم ما تداعى منه ، ويسير بالانسانية خطوات الى الأمام . فهو فى مبدأه يمثل التطور والحركة ، الى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور ، وينضب ذلك المعين الخصب الذى كان يغذى الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى اذا أتى المجددون فى الدين ، ونفخوا فيه روح التجديد ، رجع اليه النشاط والحركة ، ثم يعود الى الجمود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٧١ — أثر الدين فى القوانين الغربية

حظ الدين ضئيل فى القوانين الغربية

وحظ الدين من الأثر فى القوانين الغربيـة ضئيل . وذلك يرجع لسـببين : (السبب الأول) أن القانون الرومانى كان قد انتشر فى البلاد الغربية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها ، وهو قانون من أرقى القوانين التى عرفها البشر . فلم تسـتطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعـة القديمة

انتشار القانون الرومانى

عدم تعرض الدين المسيحى لامور الدنيا

(السبب الثانى) أن الدين المسيحى لم يعرض لأمور الدنيا الا فى كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل الى قوم غير اليهود ، وبعث فى عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل ان تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون الى جانب الدين .

قانون الكنيسة

على أنه اذا كانت القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحى ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التميز بين الدين المسيحى وقانون

الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب اليه هو الدين المسيحى. وقد رأينا السيد المسيح يعطى ما لله لله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التى أتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة المسيحية فمصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقه فيه بروح الدين المسيحى وبالقانون الرومانى . وتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود . فوضعت لها قواعد خضعت لها البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهودا طويلة . ثم سعت البلاد الغربية الى التحرر منها ورأت فى سعيها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة . الا أن الدين بقى مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . أما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها فى مسائل الأحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

٧٢ — اثر الدين فى القوانين الشرقية

حظ الدين كبير فى القوانين الشرقية : عدم وجود ما يماثل القانون الرومانى فى الشرق

والأمر غير ذلك فى القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمى لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى سببين مقابلين للسببين اللذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل فى القوانين الغربية (أولا) لم ينتشر فى الشرق قانون كالقانون الرومانى ويستقر فيه حتى يستعصى على الدين اقتلاعه . (ثانيا) عرضت الأديان التى انتشرت فى البلاد الشرقية ،

الاسلام واليهودية عرضا لشئون الدنيا

وأهمها الاسلام واليهودية ، لأمور الدنيا بالقدر الذى عرضت به لأمور الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

اليهودية والاسلام

لذلك كان الدين فى الشرق مصدرا خصبا تستمد منه القواعد القانونية . ففى اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الأسرة

والروابط المالية . أما الاسلام فهو دين ودولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية أربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فانه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقه (ويشمل الاجماع والقياس) . فاذا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية فى افاضة واسهاب ؛ ففيهما الشىء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها ، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمى هو الدين .

التمييز بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة فى الفقه الاسلامى

على أن الفقه الاسلامى قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الاسلامية فى القواعد التى استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء ، وما هو ملزم ديانة وما يدخل تحت حكم القضاء ، أى بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكتنفيذ الوعد بالعقد . وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة أو لمانع معين .

٧٣ — مستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون

فتح باب الاجتهاد

ومستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون يتوقف على أمرين : (أولا) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد اليها جدتها ، حتى تساير أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من أمور لم تكن معروفة من قبل : (ثانيا) ما تستطيعه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيها يدفعه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقى من أحكامها ما يعد متمشيا مع أحدث

أخذ المشرع من الفقه الاسلامى

المبادىء القانونية وأرقاها ، وفى الشريعة الاسلامية الكثير من ذلك .

الاجماع هو الكفيل بتجدد الشريعة الاسلامية

وعندنا أن الاجماع هو المصدر الخصب الذى يكفل تجدد الشريعة الاسلامية على مر الأجيال ، فاذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الاجماع هو الباب الذى يدخل منه التشريع ليكون مصدرا رسميا للشريعة الاسلامية .

٢ — الدين كمصدر رسمي للقانون المصري

قبل عهد محمد على : كان للدين أثر كبير فى القانون المصرى قبل عهد محمد على ، فكانت الشريعة الاسلامية — وأحد مصدريها هو الدين كما قدمنا — هى التى تطبق فى قانون الأسرة والروابط المالية . أما غير المسلمين فكانوا يخضعون فى أحوالهم الشخصية لقانون ملتهم .

من عهد محمد على الى عهد اسماعيل : وقد بدأ تغلغل القانون الفرنسى فى مصر منذ عهد محمد على . فبدىء بقانون التجارة و ببعض قواعد القانون الجنائى . و بقى نفوذ القانون الفرنسى يزداد ، ونفوذ الشريعة الاسلامية يتقلص ، الى عهد اسماعيل .

من عهد اسماعيل الى اليوم : وفى عهد اسماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسى الى قمته ، عند ما أنشئت المحاكم المختلطة ، ثم المحاكم الأهلية . فنى ذلك العهد حل القانون الفرنسى محل الشريعة الاسلامية ، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات الحالية ، القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون المرافعات والقانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات وقد أخذت كلها من التقنينات الفرنسية مختصرة مقتضبة .

و بقى للشريعة الاسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون

الأحوال الشخصية هو مجموع القواعد التى تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته ، من وقت ميلاده الى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق والميراث والوصية كل هذه تدخل فى الأحوال الشخصية .

على أن الشريعة الاسلامية مصدر لبعض مسائل فى القانون المدنى متعلقة بالمال وخارجة عن دائرة الأحوال الشخصية . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الاسلامية ، كالوقف والحكر والهبة ، ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، كالشفعة والبيع فى مرض الموت والغبن و بعض مسائل فى البيع والايجار .

الفصل الثالث

قواعد العدالة والقانون الطبيعى

٧٤ — ظهور فكرة القانون الطبيعى فى الأزمان المتعاقبة

القانون الطبيعى الثابت

رأينا فيما قدمناه أن فكرة القانون الطبيعى . كانت تظهر فى كل زمن مصطبغة بصبغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعى عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفى القرون الوسطى دينا ، وفى العصور الحديثة سياسة .

القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعى الثابت الذى لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، وقد انتصر لهذه الفكرة الأخيرة كثير من الفقهاء فى العصر الحاضر .

ففكرة القانون الطبيعى اذن ، بشكل أو بآخر ، كانت ولا تزال موجودة فى كل العصور ، لم يخل منها عصر حتى فى وقتنا هذا .

٧٥ — أثر القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القوانين القديمة

القانون الرومانى

وقد تأثر القانون الرومانى بقواعد العدالة والقانون الطبيعى تأثرا كبيرا . فتكوّن قانون بنى على هذه القواعد ، وكوّنه القضاة الرومانيون ، الى جانب القانون المدنى العتيق . فوجد القانونان المدنى والبريطورى جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف فى تاريخ القانون الرومانى .

الشريعة الاسلامية

وتأثرت الشريعة الاسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . وسنرى كيف أن الفقه الاسلامى انقسم الى مدرستين ، مدرسة أهل الرأى وعلى رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير فى تكوين الفقه الاسلامى .

الشريعة الانجليزية

وتأثرت الشريعة الانجليزية أخيرا بقواعد العدالة ، وسنرى كيف أنشىء ديوان المستشار ترفع اليه الظلامات من جمود القانون الانجليزى العتيق وضيقه ، فيطبق المستشار قواعد العدالة ، وكيف تكون الى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادىء العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

٧٦ — أثر القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القوانين الحديثة

القانون المصرى والقوانين الغربية

والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى . وفى القانون المصرى نصوص تقضى بأنه عند سكوت القانون أو ابهامه أو نقصه فعلى القاضى أن يرجع الى قواعد العدالة

والقانون الطبيعى . ويقضى القانون السويسرى وغيره من القوانين الغربية بمثل ذلك .

٧٧ — تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى فى حالات مختلفة نذكر منها للملكية الأدبية والفنية والصناعية ونظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة .

٧٨ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية

قضاء المحاكم

لا يوجد حتى الآن فى القانون المصرى نصوص تنظم هذا النوع من الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدنى والقانون الجنائى الى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت فى الوقت ذاته الى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك تلتجىء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على كل من يتعدى على حرمة هذه الملكية .

مشروع قانون

وهناك مشروع أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية ولكنها مترددة فى انفاذه ، اذ تخشى أن تضع قيودا مرهقة على الحركة الأدبية الناشئة من طريق حماية المؤلفات الأجنبية .

٧٩ — نظرية التعسف فى استعمال الحق

بسط النظرية

أصبحت هذه النظرية مستقرة فى القضاء المصرى استقرارها فى القضاء الفرنسى . والجديد فى هذه النظرية أنها تجعل من يقتصر على استعمال حقه ، ولكنه يتعسف فى هذا الاستعمال ، مسئولا عما أصاب به الغير

من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسؤولية على شخص قد اقتصر على استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق . فأنت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالغرض الاجتماعى الذى وجدت من أجله . فاذا استعمل صاحب الحق حقه فى غير هـذا الغرض وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية الا تطبيقا لمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

أمثلة عليها

ومن الأمثلة على التعسف فى استعمال الحق تعسف المالك فى استعمال حق ملكيته كمن يبنى جدارا عاليا يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك ، وتعسف صاحب العمل فى فصل عامل لسبب غير مشروع أو فى وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين فى رفع الدعاوى الكيدية ونحو ذلك .

٨٠ — نظرية تحمل التبعة

بسط النظرية

وهذه نظرية تأخذ بها بعض المحاكم المصرية ، وتبنيها على مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسؤلا الا اذا ثبت خطأ فى جانبه . أما اذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هى نظرية المسئولية التقصيرية . الا أن تقدم المدنية ، وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه أن جعل فى يد الانسان أشياء جمة النفع شديدة الخطر ، فاذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل تبعة ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ فى جانبه ، والغرم بالغنم .

امثلة عليها

ومن الأمثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ، ونحو ذلك .

٨١ — نظرية الحوادث الطارئة

بسط النظرية

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن محكمة النقض لم تأخذ بها . وهى نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العداله . والأصل أن الملتزم لا يعفى من تنفيذ التزامه الا اذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه اذا وقع ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . فاذا كان الحادث الطارىء لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فهو لا يعفى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد أصبح مرهقا عسيرا . وهذا الشطر الأخير من النظرية غير عادل . فقواعد العدالة تقضى بأنه اذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارىء لم يكن متوقعا وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب تخفيف وطأة هذا الارهاق فيعفى المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة . وقد أخذت بها المحكمة الادارية العليا فى فرنسا فى قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تعهدت بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم ارتفاعا فاحشا ، وأصبح الزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه مرهقا لها . وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية فى قضية ثبت منها أن تاجرا تعهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت ان كانت التسعيرة الاجبارية قائمة ثم الغيت هذه التسعيرة ، فارتفع سعر الحبوب الى خمسة أمثاله . وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

أمثلة عليها

الفصل الرابع

التشريع

٨٢ — أهمية التشريع فى العصر الحاضر

اذا كانت العصور القديمة هى عصور العادات والدين . فان العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو أهم مصدر للقانون الحديث . والهيئة التشريعية فى الدولة الحديثة أكثر ما تكون عملا . واشد ما تكون نشاطا . وقد تناقصت أهمية المصادر الأخرى بالقدر الذى تزايدت به أهمية التشريع .

أسباب أهمية التشريع

ويرجع ازدياد أهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها :

تركيز الدولة

(أولا) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء للدولة . كما كان الأمر فى العصور الوسطى . اذ كان النبلاء فى العهد الاقطاعى ، وكانت الكنيسه فى العصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها .

الديمقراطية

(ثانيا) تفشى الديمقراطية مما جعل فى الدولة هيئة معدة للتشريع هى فى نشاط متزايد .

الاشتراكيه

(ثالثا) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، أى الى تدخل الدولة فى شؤون الأفراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتعليم ومسائل العمال واسعاف المرضى والعجزة ، كانت تعتبر قبلا من شؤون الأفراد الخاصة ، وهى اليوم تعتبر

من مهمات الدولة الأساسية . تصدر فيها التشريع تلو التشريع .

سهولة التشريع

(رابعا) سهولة التشريع بالاضافة الى المصادر الأخرى . فان المشرع يستطيع بجرة قلم ان يسن تشريعا صالحا وأن ينسخ تشريعا فاسدا . أما العادات وغيرها من المصادر الأخرى فبطيئة فى تطورها ، وهى اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

دائرة التشريع

ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . على أن المشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو فى تعرضه لها انما يقر ما تعودته الناس فى معاملاتهم ، ويحدد شكل التعامل اكثر مما يعرض لموضوعه .

قوة التشريع الحقيقية

على أن المشرع لا يخلق القانون خلقا كما قد يتوهم . فهو يستمد مادة تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن المثل العليا التى يتوخاها طبقا لمدنية عصره ومن الحاجات العملية والضروريات الاقتصادية . وكل ما يفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التى استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة فى الفاظ من عنده . ويعطى للقاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من المصادر الأخرى فى أنه مصدر للمعنى واللفظ لا للمعنى فقط .

٨٣ — مقارنة التشريع بالمصادر الاخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الأخرى نذكر منها ما يأتى :

عدم السريان على الماضى

(أولا) القانون الذى يكون مصدره العادات أو القضاء ، فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضى .

سهولة الغاء التشريع

(ثانيا) يجوز الغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية التى تستمد من مصادر أخرى فمن الصعب نسخها بغير التشريع ولذلك كانت أكثر بطئا فى تطورها .

وضع قواعد عامة

(ثالثا) التشريع يضع قواعد عامة ، اما القضاء وغيره من المصادر الأخرى فقواعدها تنصرف فى أكثر الأحوال الى مسائل تفصيلية ، دون ان تسمو الى دائرة القواعد العامة .

سهولة الرجوع الى التشريع

(رابعا) يسهل الرجوع الى التشريع . فالقواعد القانونية المستمدة من التشريع معروفة معنى ولفظا ، ولا يقع الخطأ فى وجودها ، وان أمكن الخطأ فى تفسيرها . اما القضاء وغيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالشك هنا يكون فى وجود القاعدة القانونية لا فى تفسيرها .

ونتكلم فى سن التشريع ، وتجميعه ، وتطبيقه من حيث المكان والزمان ، وتفسيره ، والغائه .

المبحث الاول

سن التشريع

٨٤ — ما هو سن التشريع .

تقسيم الموضوع

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية فى الدولة . ونتكلم فى المبادىء العامة فى سن التشريع .

١ - المبادىء العامة فى سن التشريع

٨٥ - الهيئة التشريعية

تنوع الهيئة التشريعية

يوكل سن التشريع الى الهيئة التشريعيـة . والهيئة التشريعية فى كل دولة يحددها دستورها وهى تارة تكون فردا مستبدا كما فى الملـكية المطلقة ، وطورا تكون مجلسا أو مجالس نيابية أو غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة (امبراطورا كان أو ملكا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك) .

٨٦ - تدرج التشريع

والتشريع أنواع متدرجة . ففى القمة التشريع الدستورى ، ويليـه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

التشريع الاساسى

فالتشريع الدستورى هو التشريع الأساسى الذى يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها بالبعض الآخر .

التشريع الرئيسى

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون خاضـعة للتشريع الدستورى وفى حدود دائرتها . فالتشريع الذى يصطدم مع المبادىء الدستورية يكون تشريعا باطلا .

التشريع الفرعى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعيـة هو تشريع تفصيلى يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التى تصدر من هيئات تنفيذية يفوض اليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيليـة الواردة فى التشريع الصادر من الهيئة

الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسى خضوع التشريع الرئيسى للتشريع الأساسى والدستورى . فلا يجوز أن يصطدم التشريع الفرعى مع التشريع الأساسى ، والا كان باطلا .

٨٧ — رقابة القضاء على التشريع

مسألة دستورية القوانين

وترى من ذلك ان التشريع أنواع متدرجة ، تخضع كل درجة للدرجة التى فوقها . ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين . ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحا يجب الا يصطدم بتشريع من درجة أعلى ، فاذا اصطدم به كان غير صحيح أو غير دستورى . ولكن هل يستطيع القضاء أن يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، أو بعبارة أخرى هل للقضاء رقابة على دستورية القوانين؟

رقابة المحاكم مطلقة

تختلف البلاد اختلافا بينا بالنسبه لموقفها من هذه المسألة فمنها ما يعطى للقضاء سلطة تامة فى الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الأميركية ، فان المحاكم هناك لها أن تقرر بطلان أى تشريع تراه مصطدما مع نصوص الدستور ، وكثيرا ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل أن حكومة الولايات المتحدة الأميركية هى حكومة القضاء ، ويرجع السبب فى ذلك غالبا الى أن الولايات المتحدة الأميركية مجموعة من الولايات يتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، فاذا صدر تشريع وجب أن يصدر وفقا للدستور الذى ربط هذه الولايات . وهناك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تعترف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا فى حدود معينة تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراما لمبدأ فصل السلطات .

رقابة المحاكم محدودة

٨٨ — كيفية تحضير التشريع وسنه

التشريع الاساسى

أما التشريع الدستورى فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ، ويصدر فى شكل أمر رئيس الدولة . وطورا يعتبر ملزما للسلطان والشعب معا ، ويصدر فى شكل أمر من رئيس الدولة كذلك أو يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فاذا كان الدستور منحة من السلطان انطبق هذا على رأى الفيلسوف هبز ، واذا كان ملزما للسلطان وافق هذا رأى الفيلسوف "لك" ، واذا أصدرته جمعية وطنية تمشى هذا مع رأى الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الاشارة الى هذه الآراء الثلاثة .

التشريع الرئيسى

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير ، فالتصويت ، فالتصديق ، فالاصدار ، فالتنفيذ . تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذى اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فاذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة للتصديق عليه . حتى اذا ما صدق عليه أصبح قانونا . وبعد التصديق يأتى دور الاصدار ، واصدار القانون هو اعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الاصدار أى اعلان وجود القانون والأمر بتنفيذه ، ثم يأتى دور النشر فى جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تمضى مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عالمين بالقانون فيصبح قانونا نافذا .

التشريع الفرعى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التى أصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر فى هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض اليها أمر التشريع فى مسائل معينة ، وتارة تكون ادارة من ادارات السلطة التنفيذية ، أو ادارة محلية ونحو ذلك .

٢ — سن التشريع فى مصر

تاريخ الهيئة التشريعية

٨٩ — الهيئة التشريعية فى مصر

عندما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية يتولى أمورها وال من أسرة محمد على ، كان هذا الوالى هو الهيئة التشريعية ، وبقى الأمر كذلك الى آخر عهد اسماعيل ، حيث أنشىء مجلس النظار ، فلا تكون القوانين صحيحة الا اذا أمضى عليها الناظر أو النظار المختصون . وفى أول عهد توفيق أعطى للبلاد نظام نيابى لم يدم طويلا اذ قامت الثورة العرابية . وبعد أن احتلت الانجليز مصر جعلت السلطة التشريعية فى يد الخديوى ومجلس نظاره يعاونهما مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية ، وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية العمومية فرأيها قطعى فى الضرائب . وقبيل الحرب الكبرى (سنة ١٩١٣) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هى الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك فى القوانين وقطعيا فى الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب وبعدها الى ان اعلن تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حيث تقرر أن يكون للبلاد نظام نيابى ، فصدر دستور سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية فى يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الدولة المصرية ملكية وراثية ، ورئيس الدولة الملك ، وهو يشترك فى السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصدور دستور سنة ٣٠ ، ولكن هذا الدستور الأخير ألغى فى السنة الحالية ، ولا تزال البلاد ترتقب عودة دستور سنة ١٩٢٣ . ويتولى السلطة التشريعية مؤقتا الملك مع مجلس وزرائه .

٩٠ — تدرج التشريع فى مصر :

وفى مصر التشريع متدرج على النحو الذى أوضحناه . فالتشريع الدستورى هو القانون الأساسى للبلاد ، ويليه فى القوة التشريع الصادر من مجلسى النواب والشيوخ مصدقا عليه من الملك. ثم يلى ذلك المراسيم التى يصدرها مجلس الوزراء فى مسائل تشريعية تفصيلية والقرارات التى يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والادارات المحلية . فيجب اذن التميز بين الدستور وهو الذى ينظم السلطات العامة ويصدر بأمر ملكى ممضى عليه من الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بعدموافقة مجلسى النواب والشيوخ وتصديق الملك ، والأمر الملكى ويصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده أو هو وبعض الوزراء فيكون ممضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم أو الأمر العالى ويصدر بقرار من مجلس الوزراء ممضى عليه من الملك ، وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس الوزراء وحده دون أن يمضى عليه الملك ، والقرار الوزارى ويصدر من الوزير المختص وحده دون حاجة لموافقة مجلس الوزراء ، ثم القرارات التى تصدر من مديرى الأقاليم ومحافظى المدن والادارات المحلية ونحو ذلك وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجة الى موافقة الوزير.

الدستور

القانون

الامر الملكى

المرسوم أو الأمر العالى

قرار مجلس الوزراء

القرار الوزارى

قرارات محلية

٩١ — رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

يمكن القول بوجه عام أن القضاء له رقابة كاملة على اللوائح والقرارات التى تصدر من الهيئات التشريعية الفرعية ، فينظر فى صحتها من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع معاً . أما التشريع الذى يصدر من الهيئة

الرقابة على التشريع الفرعى

الرقابة على التشريع الرئيسى

على أن « القوانين والأوامر يكون معمولا بها فى جميع القطر المصرى عند اعلانها من طرفنا بواسطة درجها بالجرائد الرسمية ، ويجب الاجراء بموجبها فى كل جهة من جهات القطر المذكور من وقت العلم باعلانها ، وتعتبر تلك القوانين والأوامر معلومة لدى جميع أهالى القطر بعد اعلانها بالجرائد بثلاثين يوما ، ويجوز تنقيص هذا الميعاد بمقتضى نص صريح فى القوانين أو الأوامر المذكورة » . وجاء فى المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ أن القوانين تكون « نافذة فى جميع القطر المصرى باصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الاصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب فى صدره ، وتفيد أنه عمل بموافقة البرلمان ، ويوقع على القانون من الملك ومن رئيس الوزراء ومن الوزراء المختصين بتنفيذه ، ويؤمر فيه الوزراء المختصون باجراء هذا التنفيذ . ومتى أصدر القانون نشر فى الوقائع الرسمية ، واذا لم ينص فيه على ميعاد للتنفيذ صار نافذاً بعد ثلاثين يوما من نشره ، ويجوز تقصير هذا الميعاد أو مده بنص خاص كما يجوز جعل القانون نافذاً من وقت نشره .

التشريع الفرعى

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الاشارة اليها .

المبحث الثانى

تجميع القوانين (التقنين)

٩٣ — ما هو التقنين — مزاياه وعيوبه

تعريف التقنين

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها ، بحيث يسهل على من يرجع الى التقنين أن يجد القاعدة القانونية المطلوبة .

مزية التقنين

وللتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الأحكام القانونية بعد أن جمعت فى كتاب واحد ، وفى هذا فائدة كبيرة للقضاء وللمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون . ولكن التقنين من شأنه أن يحبس القانون فى نصوص مرتبة مبوبة ، فيجمد على هذه النصوص ، والقانون كائن حى ، لا يمكن قسره على الجمود بمنعه من التطور .

ضرر التقنين

ضرورة التقنين

على أن التقنين قد يكون ضروريا اذا أريد توحيد القانون ، كما وقع ذلك فى فرنسا وفى المانيا وفى سويسرا . ويكون ضروريا كذلك اذا أريد ادخال قانون أجنبى ، كما وقع ذلك فى مصر وفى تركيا .

٩٤ — تقنين الشرائع القديمة

والتقنين لا يكون فى العادة الا بعد أن يجتاز القانون مرحلة من النمو والتطور تجعله قابلا للتجميع ، وتجعل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه هذه المرحلة .

القانون الرومانى

وهذا ما وقع للقانون الرومانى ، فقد قنن مرتين ، مرة عند نهاية المرحلة الأولى من نموه ، فى الألواح الاثنى عشر ، وأخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه ، فى تقنينات جوستنيان .

القانون الانجليزى

وهذا ما وقع أيضا ، بقدر محدود ، للقانون الانجليزى . على أن القانون الانجليزى يستعصى عادة على التقنين ، فان مصدره الأساسى هو القضاء ، والقضاء لا يقنن لأنه فى تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين فى القضاء تجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على أن القانون الانجليزى قد قنن فى بعض أجزائه ، كما فى القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالأوراق المالية وبالشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنينا غير رسمى كما فعل جنكس ودايسى وستيفن .

الشريعة الاسلامية

أما الشريعة الاسلامية فبقيت غير مقننة ، الى أن أصدر الأتراك تقنينهم المشهور فى المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة فى بعض البلاد العربية كالعراق وسوريا . وقد قنن المرحوم قدرى باشا الشريعة الاسلامية تقنيناً غير رسمى فى كتبه الشهيرة : مرشد الحيران فى المعاملات والأحوال الشخصية والوقف .

٩٥ — حركة التقنين الحديثة

تقنينات نابليون

على أن الحركة القوية فى التقنين بدأت فى أوائل القرن التاسع عشر بتقنينات نابليون المشهورة ، وأهمها التقنين المدنى الذى صدر فى سنة ١٨٠٤ ، وصدرت بعده تقنينات أخرى فى قانون المرافعات فى سنة ١٨٠٦ ، وفى القانونين التجارى والبحرى فى سنة ١٨٠٧ ، وفى قانون الاجراءات الجنائية فى سنة ١٨٠٩ ، وفى القانون الجنائى فى سنة ١٨١٠ . ثم قنن فى العهد الأخير فروع أخرى للقانون الفرنسى ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل والتقنين الخاص بالتشريع الزراعى .

التقنينات التالية

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات أخرى كثيرة فى البلاد الأوربية التقنين النمساوى فى سنة ١٨١١ ، والتقنين الايطالى فى سنة ١٨٦٥ ، والتقنين العثمانى (المجلة) فى سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٨٨١ ، والتقنين الألمانى فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى الالتزامات فى سنة ١٩١٢ .

التقنينات الشرقية

واقتفت البلاد الشرقية أثر أوربا فى التقنين ، فصدر التقنين الهندى الجنائى فى سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية فى سنتى ١٨٧٥ و١٨٨٣ ، والتقنين السودانى الجنائى فى سنة ١٨٩١ . وصدر فى القرن الحاضر التقنين

اليابانى والتقنين الصينى . والتقنين العراقى فى العقوبات وفى المرافعات الجزائية .

وقوف المدرسة التاريخية فى وجه التقنين

٩٦ — أصول التقنين الحكيم

وقد عقب التقنينات الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر أن قامت حركة تبشر بالتقنين . وقام فى المانيا الفقيه تيبو ينادى بوجوب تقنين القانون الألمانى . فتصدى له سافينى زعيم المدرسة التاريخية ، ووقف فى وجه التقنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سببا فى تأخير التقنين الألمانى نحو قرن ، إذ صدر هذا التقنين فى آخر القرن التاسع عشر كما قدمنا . ولم تكن وقفة سافينى إلا نتيجة طبيعية لمذهبه فى القانون ، فهو يراه تطورا مستمرا والتقنين يقف من حركة هذا التطور . أما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين فى أول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعى الثابت الأبدى ، فكان من المعقول أن يسلموا بفائدة التقنين بل بضرورته .

أصول التقنين الصالح

على ان الواقع من الأمر ان التقنين له مزايا وله عيوب كما قدمنا ، فمن المغالاة التعصب له أو عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه اذا كان حكيما . وأهم أصول التقنين الحكيم أن يتجنب التعريفات العلمية ، ويترك الخوض فى التفصيلات الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية ، تكون من المرونة بحيث تترك للقاضى عند تطبيقها مجالا لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون فى نصوص جامدة تقف به دون التطور .

المهمة الحقيقية للتقنين

والواجب أن نفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فان التقنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم الى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية ما يكاد يغطى على القواعد

التى سجلها التقنين انما يراد بالتقنين أن يكونوا مفتاحا للبحث يجعل العثور على القواعد القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الأخرى وأهمها الفقه والقضاء . فاذا كانت هذه هى مهمة التقنين ، فلا شك فى أنه قد أسدى خدمة جليلة فى هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع المقنن أسهل فى بحثه من القانون « غير المكتوب » الذى يجب أن نتلمس أحكامه فى السوابق القضائية المتكدسة أو فى كتب الفقه الواسعة .

على ان التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، تجب مراجعته من وقت لآخر،حتى يكون متمشيا مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذى لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديما ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من نفعه ، اذ يصبح خداعا .

٩٧— التقنينات المصرية :

ونأتى الآن بكلمة موجزة عن حركة التقنين فى مصر . لم تكن مصر تعرف تقنينا صحيحا قبل عهد الاصلاح القضائى . ولم تطبق المجلة العثمانية لاستقلال البلاد استقلالا قضائيا عن دولة الخلافة . والتقنين فى مصر جاء تابعا لحركة انشاء المحاكم ، فكلما أنشىء نوع نظامى من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التى يطبقها . بدأت هذه الحركة بانشاء المحاكم المختلطة فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لائحة عدلت بعد ذلك غير مرة ثم أنشئت المحاكم الأهلية . وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسبية فوضعت لها لائحة تلتها لائحة أخرى .

التقنينات المختلطة

كان أول التقنينات المصرية اذن هى التقنينات المختلطة . فان اسماعيل عند ما فكر فى اصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بانشاء المحاكم المختلطة ، ووافقت الدول الأجنبية على انشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ،

كان من المتفق عليه أن تطبق هذه المحاكم تقنينات تؤخذ من التقنينات الفرنسية ، اذ أن هذه التقنينات كانت فى ذلك العهد أقرب متناولا وأبعد شهرة وأقرب الى التطبيق على الجاليات الأجنبية فى مصر من سائر التقنينات. فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين فى مصر ، الأستاذ مونورى ، وكان سكرتيرا له وسكرتيرا للجان الدولية التى انعقدت فى القاهرة لتحضير لائحة المحاكم المختلطة ، بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية ، فوضع التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية وأخذها كلها عن التقنينات الفرنسية التى سبقت الاشارة اليها ، مع ايجاز يصل فى بعض الأحيان الى حد الاقتضاب ، وقد أخذ فى بعض المسائل بأحكام الشريعة الاسلامية كما فى الشفعة وفى بيع المريض مرض الموت وفى بعض مسائل البيع والايجار كما سبقت الاشارة الى ذلك . وقد تم وضع التقنينات المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، وهى تطبق حتى اليوم ، بعد أن أدخلت عليها تعديلات جزئية لا تغير من جوهرها .

لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

وقد كان الربع الأخير من القرن التاسع عشر يشتمل على حركة أصلاح قضائى واسعة المدى فى مصر فبعد انشاء المحاكم المختلطة فكر أولو الأمر فى اعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لائحة سنة ١٨٨٠ . ثم حلت مكانها لائحة أخرى فى سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثانية ثالثة صدرت فى سنتى ١٩٠٩ و ١٩١٠ .

وقد عدلت هذه اللائحة الثالثة عدة مرات فى بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان فى سنة ١٩٣١ ، وهو التعديل المعمول به الى الآن . ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى فى أساسها تقنين لاجراءات المرافعات التى يجب

اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات التى تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وهذا التقنين مأخوذ من التقنين الفرنسى كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن عدا اجراءات المرافعات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعى هو التقنين المدنى لا تقنين المرافعات . وكان المعقول أن يكون للمحاكم الشرعية تقنينان ، الأول موضوعى وهو التقنين المدنى ويتضمن أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية مقننة رسميا ، والثانى شكلى وهو تقنين المرافعات ، وهذه هى لائحة الاجراءات التى بين أيدينا .

التقنينات الاهلية

وقد دعا انشاء المحاكم المختلطة ولاة الأمر الى تنظيم القضاء بين المصريين على الأسس التى نظم بها القضاء بين الأجانب ، فأنشئت المحاكم الأهلية ، وقد صدرت أول لائحة لها فى سنة ١٨٨١ ، وشكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية كان رئيسها حسين فخرى باشا ومن أعضائها فاشير النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة ، وموريوندو الايطالى ولو الانجليزى وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالى باشا وكان وكيل نظارة الحقانية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ، ويكاد النقل يكون حرفيا . وكلف فاشير بوضع التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية ، وموريوندو بوضع التقنين المدنى وتقنين المرافعات . ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية فى يونيو سنة ١٨٨٣[١] . وهى اللائحة المعمول بها الآن ، وصدرت التقنينات

---

(١) وقد يعجب الباحث كيف أن قانونا أجنبيا دخل مصر طفرة واحدة مع أن أنصار المدرسة التاريخية يقررون أن القانون ليس الا نبت البيئة وثمرة التطور . ولكن هذا العجب يخف كثيرا اذا لاحظنا ما يأتى : (أولا) لم يمس المشرع المصرى الأحكام القانونية الأكثر اتصالا بالشخص والبيئة والمعتقدات الدينية ، فترك مسائل=

الأهلية بعد ذلك ، التقنين المدنى فى ١ كتوبر سنة ١٨٨٣ وبقية التقنينات (المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والاجراءات الجنائية) فى نوفبر سنة ١٨٨٣ . وافتتحت المحاكم الأهلية فى يناير سنة ١٨٨٤ . ولم ينقح من التقنينات الأهليـة غير التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية فى سـنة ١٩٠٤ ومر على التقنينات الأخرى نصف قرن دون تنقيح ، الا بعض تعديلات جزئية ، مع أن وضعها الأصلى لم يكن محكما ، وعيوبهـا الجوهرية كثيرة . وهنـاك لجنة شكلت منذ أكثر من عشرين سـنة ، وعدل تشكيلها مرارا ، مهمتها تنقيح قانون المرافعات ، ولكنها لم تنته من مهمتها الا أخيرا . والتقنين المدنى فى أشد الحاجة الى التنقيح ، بمـا جعله يساير القضاء فى مدى خمسين سنة ، ويتمشى مع القـانون المقارن والحركة العلمية الحديثة ، ويرجعه الى مصدره الطبيعى وهو الفقه الاسلامى فيستمد من أحكامه ما يلائم البيئة والمدنية الحـاضرة . وقد ألفت حديثا لجان لتعديل هذه القوانين .

لائحة ترتيب المجالس الحسبية

ولمـا ألغى « بيت المـال » نظمت المجالس الحسبية ، وصـدرت لائحتها فى سـنة ١٨٩٦ . وقد عدلت هذه اللائحـة مرارا . ولكن التعديل الجوهرى تم فى سـنة ١٩٢٥ اذ صدرت اللائحة المعمول بهـا الآن وقد وضعت النواة لتوحيد القضاء فى الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعا

= الأحوال الشخصـية للمحاكم الشرعية والمجالس الملية . (ثانيا) وفى الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طفرة واحدة كما يظن لأول وهلة . فمن عهد محمد على كانت القوانين الفرنسـية تتسرب الى مصر ، لا سيما فى للمسائل التجارية . ثم أن احتكاك الاجانب بالمصريين من عهود طويلة جعل قبول المصريين للقانون أجنبى أمرا ممكنا ، على أن المشرع المصرى رجع فى بعض المسائل المدنية الى الشريعة الاسلامية . هذا الى أنه لا يوجد تنافر بين فى المعاملات بين أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القانون الفرنسى .

دون نظر الى اختلاف الدين . فقد أصبحت لائحة المجالس الحسبية واختصاص هذه المجالس يمتد الى كل المصريين فى مسائل الأهلية والوصاية والحجر ولائحة المجالس الحسبية خليط من أحكام موضوعية واجراءات ، وقد صدرت لائحة تنفيذية للاجراءات مكملة للائحة الأولى فى سنة ١٩٢٥ ، وعدلت اللائحة الأولى فى سنة ١٩٣١ . وتطبق المجالس الحسبية هذه التقنينات كما تطبق أحكام الشريعة الاسلامية فيما لم ينسخه نص فى اللوائح .

المبحث الثالث

تطبيق التشريع

٩٨ — التطبيق فى المكان وفى الزمان :

نتكلم فى تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع فى تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع ، والى أى حد يمتد الى الأجانب أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى ما يتناوله فى تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى أقضية سابقة على صدوره فيكون له أثر رجعى . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الأشخاص ومن حيث الأقضية .

معنى التطبيق من حيث المكان

معنى التطبيق من حيث الزمان

١ — تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٩ — القاعدة الأساسية هى وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة فى القانون الحديث أن التشريع ، والقانون بوجه عام ،

وحدة القانون ووحدة المحكمة

يطبق فى حدود الدولة على جميع القاطنين فى بلادها ، سواء كانوا وطنيين أو أجانب . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون ووحدة المحكمة هما أساس تطبيق التشريع من حيث المكان .

امثلة على ذلك

وتطبيقا لهذه القاعدة ترى التشريع والقوانين الفرنسية تطبق على جميع القاطنين فى البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة فى فرنسا حوكم أمام محكمة فرنسية ، وطبق عليه القانون الجنائى الفرنسى ، سواء كان فرنسيا أو أجنبياً ، ومن صدر منه تصرف مدنى أو تجارى ونشأ عنه نزاع ، طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية ، وطبق القانون المدنى أو القانون التجارى الفرنسى ، سواء كان الخصوم فرنسيين أو أجانب . فلا يوجد فى فرنسا الا محكمة واحدة هى المحكمة الفرنسية ، والا قانون واحد هو القانون الفرنسى . وكذلك الحال فى سائر البلاد الغربية .

١٠٠ — استثناءات من هذه القاعدة

على انه يستثنى من قاعدة التطبيق الاقليمى للقانون بعض حالات يكون التطبيق فيها شخصيا نذكر منها ما يأتى :

قواعد القانون الدولى الخاص

(١) ما تقضى به قواعد القانون الدولى الخاص من وجوب تطبيق قوانين أجنبية فى بعض الأحوال ، كقانون الجنسية فى مسائل الأحوال الشخصية ، وقانون محل العقار فى المسائل العقارية ، ونحو ذلك . الا انه يلاحظ هنا ان القانون الأجنبى انما يطبق لأن القانون الوطنى هو الذى قضى بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الأجنبى انما هو تطبيق للقانون الوطنى .

قواعد القانون الجنائى

(٢) ما يقضى به القانون الجنائى فى كثير من البلاد من امتداد سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما اذا كانت الجريمة

ضد أمن الدولة أو ضد نقدها ، وكما اذا كان مرتكب الجريمة وطنيا ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقبا عليها فى البلاد التى ارتكب فيها ولم توقع عليه عقوبة فى هذه البلاد .

قواعد خاصة بالوطنيين

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق الا على الوطنيين دون الأجانب ، اما لأنها تتضمن مزايا سياسية كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة ، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين كالخدمة العسكرية .

١٠١ — تاريخ تطور القاعدة

على أن قاعدة التطبيق الاقليمى للتشريع لم تكن مضطردة فى مختلف العصور ، وهى غير مضطردة الآن فى مختلف البلاد .

تطور القاعدة فى مختلف العصور

أما من حيث عدم اضطرادها فى مختلف العصور ، فقد كان القانون الرومانى فى روما لا يطبق الا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصياً لا اقليمياً . ثم لما اتسعت الأمبراطورية الرومانية صار التطبيق اقليمياً ، وطبق القانون الرومانى على القاطنين فى حدود الأمبراطورية . ولما تمزقت الأمبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع التطبيق شخصياً ، واستمر كذلك قرونا عديدة ، وصار القانون الرومانى يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على أفرادها ، وذلك كله فى البلد الواحد . فاذا كان خصوم القضية لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون المدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الرومانى ، وتوحدت القوانين فى البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون اقليمياً كما كان ، وأصبحت هذه القاعدة العامة فى البلاد العربية كما قدمنا :

عدم اضطراد القاعدة في مختلف البلاد

أما من حيث عدم اضطراد القاعدة فى مختلف البلاد ، فان كثيرا من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل ان القاعدة عندها هى شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك فى مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية . فيطبق قانون الدين فى الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية فى المسائل الجنائية وبعض المسائل المدنية والتجارية . على ان النزعة الحديثة فى البلاد الشرقية هى القضاء على التطبيق الشخصى للقانون واستبدال التطبيق الاقليمى به ، جريا على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت اليابان الى ذلك ، ثم تلتها تركيا ثم فارس. وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمى للقانون .

١٠٢ — الحالة فى مصر (الجنسية والدين)

والقاعدة فى مصر هى أن القانون شخصى التطبيق . وقد دعا الى ذلك عاملان ، الجنسية والدين . فالجنسية أوجدت محاكم للأجانب خاصة بهم وقوانين تطبق عليهم . والدين فرق بين المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجد محاكم وقوانين للمسلمين غير المحاكم والقوانين التى لغير المسلمين . وبعبارة أخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق فى مصر الى الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية .

الجنسية

الدين

١٠٣ — الامتيازات الأجنبية

قبل انشاء المحاكم المختلطة

وقد كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل انشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع المصرى لا يطبق على الأجانب الا اذا وافقت عليه الدول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبى لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية، بل كانت قنصليته هى المختصة فى المسائل الجنائية ومسائل

الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والمسائل التجارية. فاذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعى عليه هى المختصة . فالقانون كان اذن شخصى التطبيق إذ كان القانون المصرى لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب . على أن الذى قضت به الامتيازات الأجنبية فى مصر لم تكن تقضى به فى البلاد العثمانية وهى البلاد التى امتدت الينا منها الامتيازات الأجنبية ، وذلك من وجهين .

(١) كان الأمر فى تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق اذا كان أحد الخصوم عثمانيا ، حتى لو كان مدعيا والمدعى عليه أجنبى ، والمحكمة المختصة فى هذه الحالة هى المحكمة العثمانية . أما فى مصر فقد اضطربت القاعدة بحكم العادات المرعية لا بحكم المعاهدات ، وصارت قنصلية المدعى عليه هى المختصة اذا كان أجنبيا ، حتى لو كان المدعى مصريا .

(٢) وكانت المسائل العقارية ، من تشريع وضرائب واختصاص قضائى ، خارجة عن نطاق الامتيازات الأجنبية . ذلك أن الأجانب لم يسمح لهم بتملك عقارات فى البلاد العثمانيه . ثم سمح لهم بذلك بقانون صدر فى سنة ١٨٦٧ ، على أن يكونوا خاضعين فى العقارات التى يملكونها لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها . أما فى مصر فقد سمح للأجنبى بتملك العقار بحكم العادة . ثم أصبح يتمتع بامتيازاته فى تملكه للعقار بحكم العادة كذلك وكان الواجب أن يخضع الأجنبى فى مصر فى الشؤون العقارية لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها ، وكان الواجب كذلك أن تسرى عليه الضرائب العقارية دون حاجة الى موافقة الدول صاحبات الامتياز .

انشاء المحاكم المختلطة

على أن شيئا من ذلك لم يكن ، بل أن نوبار ، عندما فاوض الدول في تعديل الامتياز فاوضهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات مع انكاره ذلك عليهم في مذكراته . وتقدم اليهم بمشروع يقضي بانشاء محاكم مختلطة ، تنتقل اليها اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجانب وقضاة مصريين ، ويكون للأجانب الأغلبية . وقد عقدت لجان دولية متعددة لفحص مشروع نوبار ، وترددت الدول ذوات الامتياز في الموافقة عليه وبالأخص فرنسا ، واحتج الباب العالي على دخول مصر في مفاوضات مع الدول الأجنبية ، وقامت عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن اسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح اسماعيل خزائن الأموال ، وانتهى الأمر الى أن الدول وافقت على انشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل اليها اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية (الا اذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية) ، أما الاختصاص الجنائي فيبقى للمحاكم القنصلية الا في المخالفات ،

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتي :

(١) المسائل المدنية والتجارية اذا كان الخصوم فيها مختلفي الجنسية .

(٢) المسائل العقارية اذا كان أحد الخصمين أجنبيا حتى لو كان الخصم الآخر أجنبيا من نفس الجنسية .

(٣) المخالفات التي تقع من الأجانب .

وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتي :

(١) المسائل المدنية والتجارية اذا كانت غير عقارية وكان الخصمان فيها من جنسية واحدة .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية فى غير المخالفات .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع فى اختصاصها ما استطاعت الى ذلك سبيلا . ويكفى أن نورد مثلين للتدليل على ذلك :

(١) أدخلت فى اختصاصها كل أجنبى ، ولو لم يكن منتميا لدولة من الدول ذوات الامتياز . مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول ذوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها على رعايا الدول ذوات الامتياز ، أما فيما يتعلق بغيرهم من الأجانب ، فان الأمر يرجع الى نصابه ، ويكون التشريع المصرى واختصاص المحاكم المصرية ساريا عليهم طبقا لقاعدة التطبيق المحلى . وعبثا حاول المشرع المصرى أن يؤكد هذا المعنى بادخاله تعديلا فى صياغة المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فى سنة ١٩٢٩ ، فأصبحت الفقرة الأخيرة تنص على ما يأتى :

« ويشمل الاختصاص المدنى والجنائى للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائها فى كل المواد الداخلة فى اختصاصها أو فى بعضها بمقتضى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ، فان المحاكم المختلطة أبت الا المضى فى طريقها ، وبقيت تمد اختصاصها الى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(٢) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها الى حد كبير بفضل نظرية « المصالح المختلطة » . والأصل فى هذه النظرية نص ورد فى المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد عمل رهن

عقارى لمصلحة أجنبى على عين عقارية ، أيا كان مالكها أو واضع اليد عليها، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هـذا الرهن وفى جميع نتائجه ، ومنها بيع العقار جبريا وتوزيع ثمنه . فاتخذت المحاكم المختلطة من هـذا النص أساسا لمد اختصاصها الى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها . من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الغير اذا كان المحجوز لديه أجنبيا ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصريا . ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان بين المساهمين أجنبى. بل انها اعتبرت المجلس البلدى بمدينة الاسكندرية خاضعا لاختصاصها ، مع أن هـذا المجلس ادارة مصرية ، وقد نص فى قانونه الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، و بنت دعواها على أن هـذا المجلس يدير مصالح أجنبية .

أما التشريع المصرى فكان لا يسرى على الأجانب ، حتى بعـد انشاء المحـاكم المختلطة الا اذا وافقت الدول ذوات الامتياز عليه . فكان اذن تشريعا شخصى التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة فى سنة ١٩١٢ . ورضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى على الأجانب ، بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة (وينضم الى الجمعية العمومية قضاة ينتمون الى دول غير ممثلة فى هذه الجمعية) ، وذلك فيما عدا لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى (الضرائب) ، فالتعديل فى شىء من ذلك لا يسرى على الأجانب الا بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هـذا هو مجمل الحـال فى مصر الآن من قصور التشريع والقضاء المصريين عن تناول الأجانب . فالأجنبى فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله

فى مركز أسمى من مركز المصرى ، بينما أن الأجنبى فى البلاد الأخرى لا يرتفع الى مكان الوطنى. والمحاكم المختلطة هى معقل الامتيازات الأجنبية تصونها وتقويها . وقد فرض أجل هذه المحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر الى أنها تبقى ، حتى اذا أرادت الحكومة المصرية الغاءها فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم بالغائها فى الجريدة الرسمية ، وتعود الحال فى الامتيازات الأجنبية عندئذ الى ما كانت عليه قبل انشاء المحاكم المختلطة .

مشكلة الامتيازات والمعاهدة المصرية البريطانية

ومسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة . وقد شغلت مكانا كبيرا فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا فى مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملنر الى الآن . ويكفى أن نذكر هنا أن المشروعات المختلفة التى انتهت اليها المفاوضات المشار اليها مجمعة على أن « نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة » . وهناك مقترحات خاصة بالتشريع وأخرى خاصة بالقضاء . ففى التشريع أظهرت الحكومة البريطانية أنها مستعدة لتأييد مصر (فى مؤتمر يعقد قريبا للنظر فى الامتيازات الأجنبية) ، فى أن يكون التشريع المصرى نافذا على الأجانب ، بما فى ذلك التشريع المالى ، على أن يكون هذا التشريع غير مناقض للمبادىء التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية » .

أما التعهدات الخاصة بالقضاء فتتلخص فى أن ينتقل الى المحاكم المختلطة اختصاصات المحاكم القنصلية التى سبق ذكرها ، وبذلك تلغى المحاكم القنصلية ، وتقوى المحاكم المختلطة ، لاسيما بعد أن يضاف اليها الاختصاصات المتعلقة

بالمسائل الجنائية وبمسائل الأحوال الشخصية . وقد يكون نجاح المؤتمر القادم خطوة عملية نحو توحيد القضاء فى مصر ولـكن مع تحفظات ثلاثة :

(أولا) يجب جعل القضايا العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائما ، ولو كان المتقاضون كلهم أجانب ومن جنسية واحدة ، فان الأجانب لم يخول لهم حق تملك العقارات فى البلاد العثمانية إلا بشرط خضوعهم لمحاكم البلاد كما قدمنا .

(ثانيا) ويجب اعتبار المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجـديدة محاكم استثنائية موقتة ، مصيرها الى الزوال ، ويمهـد السبيل لادماجها بالمحاكم الأهلية ، حتى يتوحد القضاء فى البلاد . وهذا ما قبلته بريطانيا مبدئيا فى المعاهدة التى عقدتها مع مصر .

(ثالثا) ويجب أخيرا ، فى المدة التى تبقى فيها المحاكم المختلطة ، أن يتقوى العنصر المصرى فيها ، العنصر القضائى والعنصر الادارى ، وأن تستعمل اللغة العربية فى المرافعة وكتابة الأحكام الى جانب اللغة الفرنسية ، وأن يكون القضاة المصريون مماثلين للقضاة الأجانب فى عددهم وفى حقوقهم [1] .

١٠٤ — الامتيازات الطائفية

أساسها الدين

ومما يزيد مسألة القضاء تعقيداً فى مصر أن وجـدت الامتيازات الطائفية ، وأساسها الدين ، الى جانب الامتيـازات الأجنبيـة وأساسها الجنسية . فكما أن التشريع المصرى والقضاء المصرى لا يمتد الى الأجانب ،

---

(١) (انظر كذلك بحثا لنا فى المقترحات البريطانية المعروضة على مصر بشأن الامتيازات الأجنبية ص ٦٨ — ص ٣٠ — ص ٤٩ — ص ٨٣) .

فان المصريين أنفسهم لا يخضعون جميعا لجهة قضاء واحدة . واذا كانت المحاكم الأهلية والمجالس الحسبية يخضع لقضائها ولتشريعها كل المصريين فى دائرة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأهلية والحجر ، ففى بقية مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع المصريون لقضاء واحد ولقانون واحد. فالدين هنا ، كالجنسية هناك ، سبب فى تعدد جهات القضاء وفى تعدد القوانين : المسلمون يخضعون للمحاكم الشرعية والشريعة الاسلامية ، أما غير المسلمين فطوائف متعددة ، كل طائفة تخضع لمجلس ملتها ولقانون هذا المجلس .

فالقانون هنا أيضا شخصى التطبيق يختلف باختلاف الدين . واذا كان من الواجب جعل القانون أقليميا بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جعله أقليميا بالنسبة للمصريين أنفسهم . والأصلاح القضائى يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة لجميع القاطنين فى مصر ، على اختلاف جنسياتهم وعلى اختلاف أديانهم .

وجوب التدرج

وحتى يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكمة بالنسبة للمصريين فى دائرة الأحوال الشخصية ، يجدر بالمشرع المصرى أن يسير فى هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل الى ما وصل اليه فى مسائل الأهلية والحجر فقد وحد فيها القانون فى لائحة المجالس الحسبية ، ووحدت فيها المحكمة بانشاء هذه المجالس ، وأصبح المصريون جميعا خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقى من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متعذر ، اذ لا يحد من سلطان المشرع المصرى امتيازات أجنبية ما دام التشريع للمصريين .

ونرى أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول الى التوحيد المنشود ثلاثا :

تضييق اختصاص المجالس الملية

(أولا) يحد المشرع المصرى من اختصاص المجالس الملية ، بارجاعها الى اختصاصها الأصلى قبل أن تتوسع فيه . فان هذه المجالس لم يكن لها الا اختصاص تحكيمى فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية . فتقتصر اذن فى اختصاصها القضائى على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى كالمواريث والوصايا والهبات وغيرها فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، اذ هى المحاكم العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية . ومتى حدد اختصاص المحاكم الملية تحديدا دقيقا ، فانه يجب سن قانون عام لهذه المحاكم ينظمها و يبين الاجراءات التى تتبع أمامها .

سن قانون موضوعى للأحوال الشخصية

(ثانيا) متى خلص للمحاكم الشرعية هذا الاختصاص الواسع فى مسائل الأحوال الشخصية ، وجب أن يسن لهذه المحاكم قانون موضوعى يطبق على جميع المتقاضين أمامها ، مسلمين أو غير مسلمين ، وتختار أحكام هذا القانون من جميع مذاهب الفقه الاسلامى،ولا يفضل مذهب على آخر الا حيث تكون أحكامه أكثر ملاءمة لمدنية هذا العصر ولظروف البيئة المصرية .

توحيد القضاء

(ثالثا) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة فى توحيد القضاء. متى تهيأ لمصر محاكم منظمة فى الأحوال الشخصية هى المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمحاكم الملية ، ومتى استقرت المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة المقترحة وبنظمها التى يقوى بها العنصر المصرى كما قدمنا ، فان من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم فى نظام قضائى واحد ، وتنضم اليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هذه المحاكم المتعددة المتغايرة الى دوائر فى محكمة واحدة هى المحكمة المصرية . و يصبح قضاء هذه المحكمة قضاء أقليمياً يخضع له المصريون والأجانب،المسلمون وغير المسلمين .

وتطبق هذه المحكمة المصرية قانونا أقليميا واحدا،هو القانون المصرى .

٢ — تطبيق التشريع من حيث الزمان

عدم سريان القانون على الماضى

١٠٥ — القاعدة أن التشريع ليس له أثر رجعى فلا يسرى على الماضى

وللتشريع حدود فى التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده فى التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق الا على الحوادث التى وقعت من وقت صدوره على وقت الغائه . فلا يمتد الى الحوادث التى تقع بعد الغائه . ولا ينسحب الى الحوادث التى وقعت قبل صدوره .

مبررات القاعدة
العدالة
استقرار التعامل

والقاعدة التى تقضى بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث التى وقعت قبل صدوره هى التى نعبر عنها بعدم سريان القانون على الماضى . (Non-retroactivite) وهى قاعدة معقولة ، تقتضيها العدالة وضرورة استقرار المعاملات . فالعدالة تأبى أن يطبق تشريع على حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضى بأن التشريع الذى كان ساريا وقت وقوع هذه الحادثة هو الذى يطبق،لأن الناس اطمأنت الى ذلك فى تعاملها ، ورتبت شؤونها على هذا الحساب .

أمثلة :

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثلين :

بيع الوفاء الذى يخفى رهنا

(١) صدر تشريع فى مصر فى سنة ١٩٢٣ يقضى بأنه اذا كان بيع الوفاء مقصودا به اخفاء رهن حيازة عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . وقد كان البيع الوفائى المقصود به اخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب حقيقته ، فيعتبر رهنا صحيحا . فكل بيع وفاء يخفى رهنا ، وكان صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣

لا يسرى عليه هذا التشريع الأخير ، فلا يبطل باعتباره رهنا ، بل يكون صحيحا على هذا الاعتبار . وفى هـذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣ على الماضى .

قانون التسجيل الحديث فى مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحـديث فى مصر يقضى بأن العقود الناقلة للملكية بين الأحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل ان الملـكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين. وقد كان القانون المدنى يقضى قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية إلا بالنسبة للغير . فالعقود غير المسجلة التى صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل بالتشريع الجديد) لايسرى عليها هذا التشريع حتى لايكون له أثر رجعى ، وتكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

والقاعدة التى تقضى بعدم سريان القانون على المـاضى قاعدة نص عليها القانون الفرنسى والقانون المصرى .

جاء فى المادة الثانية من القانون المدنى الفرنسى أن القانون لا يقر أحكاما الابالنسبة للمستقبل فلا تنسحب أحكامه على الماضى . ونصت المادة ١٧ من الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ على أنه « لا تجرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » ونصت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « لا تسرى أحكام القوانين واللوائح الا على الحوادث التى تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ، ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ، ما لم يكن منبها عن ذلك بنص صريح فيها » .

وقضت المادة ٢ من القانون المدنى المختلط بأن القوانين لا يكون لها أثر رجعى .

١٠٦ — التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

على أن المقصود بعدم سريان القانون على الماضى هو أنه لا يمس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فاذا كان التشريع لا يمس حقا مكتسبا ، فانه يسرى على الحوادث السابقة ما دام لا يصطدم الا مع مجرد أمل ، لا مع حق مكتسب ونورد أمثلة على ذلك :

تغيير القدر الذى يمكن الايصاء به

(١) الوصية لا تجوز لغير وارث الا فى الثلث . فلو أن شخصا أوصى لغير وارث بثلث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الموصى يقضى بأن الوصية لغير وارث لا تجوز الا بربع مال المورث ، فان هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه اذا سرى يمس حقا مكتسبا للموصى له ، بعد أن انتقلت اليه ملكية الثلث بموت الموصى . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الموصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فانه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت صدور التشريع لم يكن كسب حقا اذ لا يزال الموصى حيا وله أن يرجع فى وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل فى أن يكون له حق فى الموصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يعنى بمجرد الأمل ، فيسرى التشريع فى هذه الحالة على الوصيه الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به الى الربع .

تغيير مدة التقادم

(٢) يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو أن شخصا وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم الى عشرين سنة ، فان هذا التشريع لا يسرى على الحادثة التى نحن بصددها ،

لأن واضع اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لايمس الحقوق المكتسبة . أما اذا كان صدور التشريع الجديد بعد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فان التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضع اليد لم يكن قد كسب حقا وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه الا مجرد أمل فى أن يتم مدة التقادم المكسب للملكية ، فلا يكترث القانون لمجرد الأمل ، ويترتب على سريان التشريع الجديد أن واضع اليد يجب عليه أن يكمل مدة الاثنتى عشرة سنة الى عشرين لا الى خمس عشرة .

تغيير الحد الاقصى الفائدة

(٣) يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ فاذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى الى ٧ ٪ ، فان هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩ ٪ فقد أصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسرى على عقود القرض التى تلحق التشريع ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسرى عليها هذا التشريع ، فان تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقا فى الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل فى الاقراض بهذا السعر ، ومجرد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧ ٪ .

١٠٧ — استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضى

على ان التشريع يسرى على الماضى ، ويمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الآمال فحسب ، فى الأحوال الآتية :

نص خاص.

(١) إذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة . وقد رأينا للمادة ٢٧ من الدستور المصرى ، وللمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تقرران هذا الاستثناء ، فتنصان على عدم سريان القانون على الماضى « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧ من الدستور) ، و « ما لم يكن منبها عن ذلك بنص صريح » (م ٣ من لائحة الترتيب) .

تشريع من النظام العام

(٢) وقد يسرى التشريع على الماضى ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضى بذلك اذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتقضى المصلحة العامة التى أريد تحقيقها من وراء هذا التشريع بسريانه على الماضى ، ولو مس حقا مكتسبا من أمثلة ذلك القانون الذى يحرم الرق ، فانه يعتبر من النظام العام ويسرى على الماضى ، ويترتب على ذلك أن كل رقيق يعتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن أمثلة ذلك أيضا القانون الذى صدر فى مصر فى سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد الى احدى وعشرين سنة بعد أن كانت ثمانى عشرة . فالأشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثمانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون الى القصر اذا كانوا لم يبلغوا الواحد والعشرين ، فيكون للقانون أثر رجعى فى هذه الحالة . ولكن لا يكون له أثر رجعى بالنسبة للغير ، فالتصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص وترتب عليها حق للغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوى أهلية كاملة .

القانون الجنائى الأصلح للمتهم

(٣) يكون للقوانين الجنائية عادة أثر رجعى اذا كانت أصلح للمتهم . فاذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليه ، ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا العمل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته فان التشريع الجديد هو الذى يطبق . أما اذا كان التشريع الجديد أسوأ

من التشريع القديم ، فانه لا يسرى على الماضى ، كما لو كان التشريع الجديد فى الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخففها ، فان التشريع القديم هو الذى يطبق .

أما قوانين الاجراءات (المرافعات المدنية والجنائية) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضى . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجراءات الخاصة بسماع الشهود أو بتحقيق الخطوط أو بالخبراء ، فانه يسرى على القضايا التى تكون قد رفعت قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسرى على الماضى . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحكمة المختصة ، و بعد رفعها يصدر تشريع جديد يجعل المحكمة غير مختصة ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على القضية التى رفعت فعلا ،وتبقى المحكمة التى رفعت اليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك أيضا أن يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف فى الميعاد الذى يقرره التشريع القديم .

المبحث الرابع

تفسير التشريع

١٠٨ — مسألة التفسير لا تقوم الا فى التشريع دون غيره من المصادر

التشريع مصدر يأتى بالمعنى واللفظ معا

تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة . وكل هذا مفروض فيه ان مصدر القانون الذى يكون محلا للتفسير مصدر

يأتى بالمعنى و باللفظ معا . وذلك لا يكون الا التشريع كما رأينا . ويكون كذلك فى بعض الكتب الدينية التى تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . ويقوم بالتفسير عادة القضاء والفقه : القضاء عند ما يطبق نصوص التشريع على الأقضية التى تعرض له . والفقه عند ما يخرج الأحكام القانونية من النصوص التشريعية فى كتب الشرح والتفسير وفى الفتاوى التى تصدر منه . وهناك تفسير تشريعى تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله أثر رجعى . أو تقوم به هيئة رسمية أخرى .

من يقوم بالتفسير

١٠٩ — المدرسة التقليدية فى التفسير :

ونقتصر هنا على المذهب التقليدى فى التفسير . ففى هذا المذهب يقوم التفسير على ركنين : (الركن الأول) أن مهمة المفسر هى تبين قصد المشرع ، قصد المشرع الحقيقى ، قصده كما هو لا كما يجب أن يكون ، هو الواجب الاتباع . ولا عبرة بتغير الظروف وتطور المدنية ، حتى لو أصبح قصد المشرع بعد هذا التطور خليقا أن يحل محله قصد آخر أكثر ملاءمة للظروف الجديدة . فأنه لو سمح للمفسر أن يحل هذا القصد الآخر الأكثر ملاءمة محل القصد الحقيقى . لاختلف المفسرون فى ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار والثبات ، والأولى فى مثل هذه الحالة أن يعدل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع (والركن الثانى) أن التفسير هو أن يتلمس المفسر قصد المشرع الحقيقى من طريق النصوص والألفاظ التى ورد بها التشريع لا من طريق آخر بقدر الاستطاعة . فالمفروض أن المشرع عنى كل ما قال وقال كل ما عنى . والمفسر لا يترك الألفاظ الى غيرها فى تبين قصد المشرع الا اذا أعوزته الحيلة ، ولم يعد هناك مناص من الالتجاء الى وسيلة أخرى ، اذ تكون الألفاظ قاصرة قصورا تاما عن الأبانة عن قصد المشرع .

٢١٠ — حالة وضوح النص

لا يكون هنـــاك محل لتفسير النص الواضح فانه اذا كان اللفظ

وجوب الأخذ بالنص الواضح

الذى استعمله المشرع لا سبيل للاختلاف فى معناه ، وجب الأخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانونى غير عادل ، أوان هناك حكما قانونيا أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر فى شىء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

تصحيح الاخطاء المادية

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع فى الالفاظ والنصوص التشريعية من اخطاء مادية. مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدنى المصرى ، فقد نصت على ما يأتى :

« يجوز أن يكون التعهـد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق ، يترتب على وقوعه أوعدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده أومنع وجوده أو زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ويعرفه بانه أمر مستقبل أو غير محقق،مع ان الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق،يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد باحدهما،ولفظ «أو»الوارد فى النص خطأ مادى صحته«و» فيتعين على المفسر اجراء هذا التصحيح .

١١١ — حالة عدم وضوح النص (العيوب التى تؤدى الى ذلك)

أما اذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع الى عيب فيه . ومن أكثر هذه العيوب شيوعا الغموض والتناقض والنقص .

الغموض

فالغموض يكون اما بتحمل اللفظ أكثر من معنى واحد،فعلى المفسر أن يختار المعنى الذى قصد اليه المشرع، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى وتنص على ما يأتى : «منع المستأجر من التأجير يقتضى منعه

من الاسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الاسقاط يقتضى منعه من التأجير . أما اذا كان موجودا بالمكان المؤجر جدك جعله معدا للتجارة أو للصناعة ، ودعت ضرورة الأحوال الى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشترى الجدك ، بعد النظر فى التأمينات التى يقدمها ذلك المشترى ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى » واللفظ الغامض فى هذا النص هو « الجدك » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه الرفوف المركبة ، ولكن هذا المعنى لا يستقيم فى النص ، والواجب أن يؤول اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعنى ، فاذا فسر «الجدك» بمعنى المتجر أو المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

التناقض

والتناقض يكون اذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل ذلك ما تقضى به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية من أن هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة ، ثم ما تقضى به المواد ١٥٥ — ١٥٧ من القانون المدنى المصرى من أحكام فى النفقة يصطدم كثير منها مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ انه يجب طبقا لهذه المواد أن ينفق الفروع وأزواجهم على الأصول وأزواجهم ، وأن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما على الآخر فنصوص القانون المدنى متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم المصرية ، والواجب هنا تغليب النص الأخير واعتبار المحاكم المصرية غير مختصة بمسائل النفقات ، والمختص هى المحاكم الشرعية ، وهى تطبق الشريعة الاسلامية .

النقص

والنقص يكون اذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضبا لا يتضمن

كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدنى المصرى ، فهى تنص على انه « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح ، فاذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضى بان من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير ، بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطا آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، فالتملك بالتقادم القصير لابد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

١١٢ — طرق التفسير عند عدم وضوح النص (طرق داخلية واخرى خارجية) :

فاذا كان النص غير واضح لعيب فيه ، كغموض أو تناقض أو نقص ، وجب على المفسر أن يتبين ارادة المشرع الحقيقية من وراء هذا النص المعيب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها الى قسمين :

طرق داخلية

(١) طرق داخلية ينطوى عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجى عن التشريع ومن أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس (analogie) والاستنتاج من باب أولى (afortiori) والاستنتاج من مفهوم المخالفة (a contrario)

طرق خارجية

(٢) طرق خارجية ، وفيها يستند المفسر الى عنصر خارجى عن

التشريع نفسه. من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع، والاسترشاد بالاعمال التحضيرية، والرجوع الى المصدر التاريخي للتشريع .

١١٣ – طرق التفسير الداخلية :

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة .

الاستنتاج بطريقة القياس

فالاستنتاج بطريق القياس هو أن يستنبط المفسر حكما غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه . مثل ذلك حكم اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على أن تباع العين بالطرق الودية اذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد فى القانون المدنى المصرى نص على هذه المسألة ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها .

فقد نصت المادة ٥٤٣ على انه «لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له ، انما للدائن فقط الحق فى طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » فالحكم الذى تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على أن يتملك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وانه يجب على المرتهن أن يطرح العين فى المزاد الجبرى . ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين فى المزاد الجبرى عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترتب على هذا الاستنتاج أن الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بيعا وديا يخرق القاعدة المتقدمة . فيكون هذا الاتفاق باطلا . ومن ذلك نرى انه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياسا على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك

المرتهن للعين المرهونة . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكماً آخر بطريق القياس .

الاستنتاج من باب أولى

والاستنتاج من باب أولى هو أن يكون هناك حالة منصوص على حكمها وتكون علة الحكم أكثر توفراً فى حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم فى الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها . من باب أولى . مثل ذلك أن القانون الجنائى يخفف جريمة القتل فى حالة ما اذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها ، ويجعل جريمة القتل فى هذه الحالة جنحة لا جناية . فلو أن زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضرباً أفضى الى الموت أو خلف عاهة مستديمة ، فان هاتين الجريمتين تعتبران جنحتين لا جنايتين من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منهما ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضاً أن قانون الاجراءات الجنائية يعطى الحق للزوج فى أن يعفو عن زوجته المحكوم عليها فى دعوى الزنا ، فمن باب أولى يستطيع الزوج ، قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب ايقاف السير فى اجراءات دعوى الزنا . فان من يملك الأكثر يملك الأقل .

الاستنتاج من مفهوم المخالفة

والاستنتاج من مفهوم المخالفة هو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم فى حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة فى الحالتين ، أو لأن الحالة المنصوص عليها هى جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى . مثل ذلك أن القانون المصرى لم ينص على حكم بيع الشىء المستقبل ، أهو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسى أم هو غير صحيح كما تقضى بذلك الشريعة الاسلامية . ولكنه نص على حكم بيع

التركات المستقبلة ، فقضت المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ من القانون المدنى بأن بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحيـاة باطل ولو برضاه ، والتركة المستقبلة جزئية من جزئيات الشىء المستقبل ، فأفرادها بحكم البطلان يفهم منه أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها فى هذا الحكم و يكون بيع الشىء المستقبل — عدا التركات المستقبلة — صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١١٤ — طرق التفسير الخارجية

قررنا أن المفسر قد يستند الى عناصر خارجـة عن التشريع حتى يتعرف نيـة المشرع . من ذلك أن يتبين حكمة التشريع ، وأن يسترشد بالأعمـال التحضيرية ، وأن يرجع الى المصدر التاريخى للتشريع الذى يفسره .

حكمة التشريع

فتبين حكمة التشريع معناه أن يتعرف المفسر العلة التى اقتضت الحكم ، فيفسر فى ضوء هذه الحكمة الفاظا وردت فى التشريع قد تكون مبهمة . مثل ذلك ان القانون الجنائى يجعل « الليل » فى جريمة السرقة وفى جريمة اتلاف المزروعات ظرفا مشددا ، فما معنى « الليل » ؟ هنا يجب توخى حكمة التشريع ، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفا مشددا لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين فى الظلام ، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعا للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم فى جنح الظلام ، فيجب اذن تفسير « الليل » لا على انه يبدأ من غروب الشمس و ينتهى عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلـكى ، بل بمعنى الظلام وهذا هو الذى يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، اذا لم يكن الظلام قد خيم ، ولا سيما فى فصـل الصيف .

الاعمال التحضيرية

والأعمال التحضيرية هى مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات

الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع الدستورى فلا يجوز تعديله ولا الغاؤه الا بالطريقة التى ينص عليها الدستور نفسه . على أنه اذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقا لنظرية هبز ، فان السلطان الذى أصدره يملك تعديله ويملك الغاءه .

أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو الغاؤه يكون فى يد نفس هذه الهيئة .

وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية أنه لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر الا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول . ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعى يلغيه أو يعدله تشريع فرعى كذلك .

فالقاعدة اذن أن القانون الدستورى لا يلغيه الا قانون دستورى ، والتشريع الرئيسى يلغيه تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستورى، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، ولكن التشريع الفرعى لا يلغى تشريعاً رئيسياً أو قانونا دستوريا ، وكذلك التشريع الرئيسى لا يلغى قانونا دستوريا وبعبارة أخرى يلغى التشريع تشريعا فى قوته أو تشريعا أدنى مرتبة ولكنه لا يلغى تشريعا أقوى .

والتشريع يلغى العادة والعادة تلغى العادة ولكن لا تلغى التشريع

أما العادة وعدم الاستعمال فلا يلغيان تشريعا، على خلاف فى الرأى فيما يتعلق بالتشريع التجارى ولوائح البوليس . ولكن العادة تلغيها عادة أخرى ، ويلغيها التشريع . فالتشريع يلغى العادة والعادة لا تلغى التشريع .

تغير الظروف يلغى التشريع

وقد يلغى التشريع تغير الظروف التى كانت قائمة وقت سنة . مثل ذلك الغاروقة، فى مصر وهى نوع من الرهن الحيازى لايجوز إلا فى الأراضى

الخراجية. وقد ألغى الآن نظام الأراضى الخراجية، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضى فى مصر . وترتب على ذلك الغاء التشريع الخاص بالفاروقة.

مخالفة قاعدة قانونية ليست من النظام العام

وليس من قبيل الالغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف قاعدة قانونية لاتعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما القاعدة القانونية، بل هى باقية تطبق على غيرهما وتطبق عليهما فى تعاقد آخر .

١١٦ — كيف يكون الالغاء

الالغاء الصريح

والالغاء ضربان : صريح وضمنى . فالالغاء الصريح يكون بسن تشريع يلغى صراحة تشريعا سابقا . وقديكون التشريع ذاته يتضمن نصا على أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها ، كما فى التشريع الذى صدر فى مصر بشأن أجر المساكن والأراضى الزراعية فى سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠ . وقد يصدر التشريع لا يتضمن إلا الغاء صريحا لتشريع سابق ، دون أن يحل محله تشريعا آخر ، مثل ذلك التشريع الذى ألغى الاكراه المدنى فى فرنسا والتشريع الذى ألغى دستور سنة ١٩٣٠ فى مصر . وقد يصدر متضمنا الغاء صريحا لتشريع سابق وشاملا فى الوقت ذاته لتشريع جديد يحل محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد ، فى مصر فانه قد ألغى صراحة بعض نصوص القانون المدنى المصرى وأحل محلها تشريعا جديدا وكذلك الأمر الملكى الذى ألغى دستور سنة ١٩٢٣ فى مصر وأحل محله دستور سنة ١٩٣٠ .

الالغاء الضمنى

أما الالغاء الضمنى فيكون بسن تشريع جديد لاينص صراحة على إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه . والقاعدة أنه اذا تضارب تشريعان فالجديد منهما ينسخ القديم . ونظرية الناسخ والمنسوخ معروفة فى القرآن الكريم وهى نظرية معقولة . فما دام المشرع سن حكما يناقض حكما سابقا، فقد أراد أن يلغى ضمنا الحكم القديم .

الفصل الخامس

الفقه والقضاء

١١٧ — التعريف

الفقه

الفقه هو إستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .

القضاء

والقضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التي ترفع للمحاكم .

١١٨ — أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون :

الفقه هو المظهر العلمي

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي . فاذا تجرد القانون عن مظهريه العلمي والعملي ، فلا يتبقى منه شيء كبير .

القضاء هو التطبيق العملي

والقانون يمت الى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون والقانون علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء .

والقانون مادة حية غذاؤها التطبيق العملي . فاذا اقتصر الأمر فيه على أن يسجل فى التقنينات والتشريعات وعلى أن يدون فى كتب الفقهاء لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له : صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذى يطبق القانون ، وهو الذى يبعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبعه بطابع العصر الذى وجد فيه .

١١٩ — مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

مزية الفقه وعيبه

فمزية الفقه هي نظره الى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدما الى الامام ، يتمشى مع التطور ، ويسابق الزمن. فالفقيه أوسع أفقا من القاضي ، وأسرع تأثرا بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيرا ما ينحرف عن الحياة العملية وهو في سموه إلى العموميات يبتعد عما في الحياة من ملابسات وظروف خاصة في كل قضية من أقضيتها .

مزية القضاء وعيبه

ومزية القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده منها ، ويطبق أقضيته عليها ، فلا يكاد يميل عنها حتى يعود اليها ، ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ، ولا تمتد الى ما وراء ذلك ، وشيء من البطء في التطور يتفق مع نزعة محافظة في القضاء .

١٢٠ — وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

كل منهما يكمل الآخر

ونرى من ذلك أن للفقه مزايا ليست للقضاء ، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ، وأن عيب كل منهما هو فقده لمزايا الآخر ، فهما يكملان بعضهما بعضا . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء. فالفقيه يرسم خط السير للقاضي ، والقاضي يعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي ، فينحى بفقهه منحى يتفق مع الحياة العلمية ، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضي يكشف الطريق أمامه . وخير النظم القانونية هو النظام الذي ينطوي على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

الفقيه طليعة القاضي

١٢١ — الفقه والقضاء هما مصدران تفسيريان للقانون :

تطور الفقه والقضاء من مصدرين رسميين الى مصدرين تفسيريين

وقد أصبح الفقه والقضاء في العصور الحديثة . مصدرين تفسيريين

للقانون عند أكثر الأمم . ولكنهما يكونان عادة مصدرين رسميين فى المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون فى أول أمرها من صنع الفقيه والقاضى ، حتى اذا كمل نضوج القانون ، واستقر نموه ؛ أتى التشريع فشغل المكان الأول بين المصادر الرسمية ؛ وانقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ؛ فتصبح مهمة الفقيه والقاضى تفسير القانون لا صنعه ؛ ولكنهما فى الواقع من الأمر اذ يفسران القانون كثيرا ما يكون تفسيرهما صنعا .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان فى القوانين القديمة ؛ وهما مصدران تفسيريان فى معظم القوانين الحديثة . وها نحن نبحث الحالتين .

المبحث الاول

الفقه والقضاء فى القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية وهى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية والقانون الانجليزى .

نصيب الفقه والقضاء فى النظم القانونية القديمة

وسنرى أن الفقه والقضاء تعاونا فى تقدم الشريعة الاسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسى للشريعة الانجليزية .

١٢٢ — القانون الرومانى :

بدأ القانون الرومانى فى أول مراحله عادات مصبوغة بالصبغة الدينية . وقد جمع التجميع الأول فى الألواح الاثنى عشر . وقد كان هذا التجميع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهية كانتا ، الى جانب التشريع ، هما العاملان الأساسيان فى تطور القانون الرومانى فى تقدمه .

القضاء

أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ « البريطور » الرومانى يتولى شئون القضاء وكان هنــاك « بريطور » للرومانيين وآخر للأجانب ، الأول يطبق القانون المدنى الرومانى ، والثانى يطبق « قانون الانسانية أو الشعوب » . ولــكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذاك ، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون صنعا ، وسبيلهم الى ذلك « المنشورات القضائية » . فقد كان « البريطور » الرومانى يلى شئون القضاء سنة واحدة . وعند ولايته القضاء يعلن للناس « منشورا » يضمنه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من هذه القواعد كان من شأنها ادخال تعديلات جوهرية على القانون الرومانى العتيق بما يتفق مع مقتضيات العدالة وتطور الحضارة وكان « البريطور » يسلك الى ذلك طريقا خاصا بالقانون الرومانى ، فقد كان فى يده ، بمقتضى ولايته للقضاء ، سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشــاء ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الرومانى يماشى الحضارة الرومانية فى تقدمها ، وأن يكسر قيود القــانون العتيق ، فـكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة فى انكارها ولو أعطاها القانون القديم وكان يعطى الدعوى حيث تـكون المصلحة فى اعطائها ولو لم يعطها القانون القــديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلا للعقود ولمــا أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جعله سببا للبطلان ، أعطى دفعا للمدعى عليه اذا كان ضحية الغش . يدفع به دعوى المدعى ، ويجعل القاضى لايحكم للمدعى الا اذا لم يكن هناك غش ، وهكذا خلق « البريطور » دعاوى ودفوعا مختلفــة ، كان من شــأنها أن تدفع بالقــانون الرومانى فى طريق التطور . وتوالت « المنشورات القضائية »

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

المنشور المستمر

واحدا بعد الآخر ، وكل « بريطور » يستبقى من منشور سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف اليه جديدا ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذى يتكرر على مر الأعوام ومعه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسمى كل ذلك « بالمنشور المستمر » . وهذا المنشور المستمر بقى الى عهد الأمبراطورية ، ثم جمع تجميعا رسميا وحرم الأمبراطور هادريان اضافة شيء اليه ، على أن هذا القانون البريطورى بقى منفصلا عن القانون المدنى ، وبقى هذا الانفصال حتى عهد جوستنيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانونا واحدا هو القانون الرومانى المعروف لنا اليوم . فالقانون الرومانى كان اذن من صنع القضاء الى حد كبير .

امتزاج القانون البريطورى بالقانون المدنى

النفقه

وكان القانون الرومانى من صنع الفقه أيضا . وقد مر الفقه فى القانون الرومانى على أدوار ثلاثة ، كان فى الدور الأول فى يد رجال الدين يكتمون أسراره عن الدهماء ويحتكرونه احتكارا . ثم أفشى السر وأعلنت الاجراءات القانونية للناس فى دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشتغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرون فتاواه عند استفتائه من عملائه ، ثم يناقشونه فى هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطرة » بل كانوا أقرب الى المحلفين فى العصر الحديث ، يبتون فى الوقائع ويستفتون فى القانون اذا لم يكونوا من رجاله) يلجأون الى رجال القانون يستفتونهم فى المسائل القانونية التى تعرض لهم فى الأقضية التى ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجرا على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمى الى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون

الدور الأول : الكهنة

الدور الثانى : الطرق العملية

الدور الثالث : الطرق العملية

أن يرشحوا للمناصب الكبيرة فى الدولة . وفى الدور الثالث دخل الفقه الرومانى فى طريقه العلمى ، فدونت المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علميا أكثر منه عمليا ، واعترف للفقه بأنه مصدر رسمى للقانون الرومانى ، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين

الفتاوى القانونية الملزمة

حق اعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة فى أحكامهم وبدأ الفقه العلمى بمدرستين ، زعيم الأولى هو الفقيه لابيو ولكنها سميت باسم تلميذه بروكيليان ، وزعيم الثانية هو كابيتو ولكنها سميت باسم تلميذه سابينيان .

المدرستان البروكيلية والسابينية

ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادىء العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين انما كان فى التفصيلات . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادىء الجمهورية اذ كان زعيمها لابيو جمهوريا مخلصا حتى بعد استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة السابينية فقد كانت أكثر تمشيا مع المبادىء الامبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الرومانى وانتشر ،

فقهاء الرومان الخمسة

وكان له أثر كبير فى تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ، واختتم هذا العهد من الفقه العلمى بخمسة فقهاء هم أبعد فقهاء الرومان ذكرا وأعظمهم أثرا : جاييس وبابنيان والبيان وبول ومودستين ، ولما

انقطاع الفتوى اقفال باب الاجتهاد

استأثرت الأمبراطرة بالأمر منعوا الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلجأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ، وفى مقدمتهم بابنيان وقد علق تلميذاه البيان وبول على مؤلفاته وخالفاه فى كثير من آرائه فأمر الأمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء بابنيان دون تلميذيه . وفى أوائل القرن الخامس الميلادى اعتمدت الامبراطرة آراء خمسة الفقهاء المتقدم ذكرهم وآراء الفقهاء الذين نقل منهم هؤلاء الخمسة ، فاذا تضاربت الآراء

اعتمد رأى الأغلبية فاذا تساوت رجح الجانب الذى انحاز له بابينيان إذ كان يعتبر أ كبر فقيه رومانى . ولما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية المشهورة أخذها من أقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة وممن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذى كان للفقه فى صنع القانون الرومانى وفى تطوره .

ملحوظتان : القضاء تقدم على الفقه والفقهاء من رجال العمل

على ان لنا ملحوظتين على الفقه الرومانى : (١) تقدم القضاء الفقه فى القانون الرومانى وكان له أ كبر الأثر فى تكوين القانون ، فقد رأينا « المنشور القضائى » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمى وقبل ظهور الفقهاء المشهورين ، فالقانون الرومانى بدأ قضاء وانتهى فقها .

(٢) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء وبراطرة فقد كان بابنيان ومن بعده البيان وبول من كبار وزراء الدولة ، ولايكاد يشذ عن هذه القاعدة الا جايس فالظاهر أنه كان أستاذا يدرس القانون فى روما ولم يتول منصبا عمليا . فالفقه الرومانى كان اذن مشبعا بالروح العملية ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان للفقه من أثر فى القضاء .

١٢٣ — الشريعة الاسلامية

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الاسلامية من حيث أثر الفقة والقضاء فى تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذى تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

العهد الاول : الكتاب والسنة

(العهد الأول) وهو عهد النبى عليه السلام ، وكانت للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد . أما

الفقه فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحى ، والمسلمون يتلقون عنه أمور دينهم ودنياهم . على أن النبي عليه السلام أقر الرأى كمصدر للشريعة الاسلامية حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث معاذ بن جبل الى اليمن ، ولما سأله بماذا يقضى فأجاب معاذ بالكتاب والسنة ثم يجتهد برأيه ، أقره النبي على ذلك .

الرأى

والقضاء لم يكن كذلك مصدرا للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد وقد كان النبي أول قاض فى الاسلام ، وكان قضاؤه ملزما لا على انه قضاء بل على انه سنة . فهو اذا قضى فى حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع بما يلهمه الله من وحى وما ينزل عليه من كتاب فيبين ، القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضى يطبق القاعدة القانونية التى قررها على ما يعرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة المشرع لم تنكرها عليه الناس منذ آمنت برسالته ، أما صفة القاضى فقد ترددوا فى التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة فى اثباتها له ، قال تعالى : « فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر أن الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا الى الطغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا ... فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلموا تسليما » وقال عز وجل : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » . ثم ان النبي عليه السلام كان معصوما بصفته مشرعا، ولم يكن معصوما بصفته قاضيا ، وقد قال تأكيدا لهذا المعنى : « انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض ، فأقضى له

قضاء النبى :
للتردد فى التسليم ؟
عدم العصمة فيه

على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقضى له قطعة من نار . »[1] فقضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونيـة التي يقررها وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك اذ يجوز عليه الخطأ .

العهد الثاني : امتزاج القضاء والفقه

(العهد الثاني) ويبـدأ بعهد الخلفاء الراشدين وينتهي بظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب . وفي هذا العهد كان لـكل من الفقه والقضاء أثر في تكوين الشريعة الاسلامية وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشي الآخر . ولـكن الفقه أخذ يتغلب شيئا فشيئا حتى تمت له الغلبة في العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد الثاني ان وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه المفتي وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد إذ كان القاضي فقيها والفقيه قاضيا . إلا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الاسلامية أخذت في القوة وحركة القضاء أخذت في الضعف الى أن تغلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده الى جانب الدين مصدرا للشريعة الاسلامية ، ولكن ذلك لم يتم الا في العهد الثالث كما قدمنا . أما في العهد الثاني فقـد كان للقضاء شأن في تكوين الشريعة الاسلاميـة يعدل شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر في الفقه تأثير الفقه في القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء ، ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

القضاء

أما القضاء فـكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين وتابعي التابعين

---

(١) وفي رواية أخرى الحديث : « أنكم تختصمون الى رسـول الله وانما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وانما أقضي بينـكم على ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شـيئا فلا يأخـذه ، فانما قطع له قطعة من النار يأتي بها اسطاما في عنقه يوم القيامة . »

وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره عليه ، وولى أبا الدرداء المدينة ، وولى شريحا البصرة ، وولى أبا موسى الأشعرى الكوفة ووضع له دستور القضاء فى كتابه المعروف .

والقضاة فى ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية « وكان فى كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضى اذا اشكل عليه أمر » ، [1] وفى المبسوط للسرخسى « ان عمر كان يستشير الصحابة مع فقهه ، حتى اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لى عليا ، وادعوا زيدا ... فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . » وترى من هذا كيف أن القضاء كان يتأثر بالفقه . على ان القضاء كان يؤثر فى الفقه بدوره ، فقد قدمنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون رأيهم ، سبقهم الى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمر مواقف معروفة فى استعمال الرأى ، بل يصح أن يقال انه هو المؤسس لمدرسة الرأى ، وقد وضع من القواعد القانونية فى الشؤون الادارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع أمبراطورية ناشئة ، وأمة تركت الصحراء وانتشرت فى الأرض ، فخالطت المدنيات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضى يأخذ بقضاء سلفه فعمر يأخذ بقضاء أبى بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه . والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم ، فالعراقيون يجمعون « قضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون » [2] ، » وابن مسعود فقيه

استعانته بالفقه

تأثيره فى الفقه

(١) تاريخ القضاء فى الاسلام للقاضى محمود بن عرنوس ص ١٩

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ .

جليل يتأثر عمر بن الخطاب فى دقة نظره وحريتـه ، وعلى بن أبى طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنـه وعدت دستورا ... وشريح مارس القضاء نحو ستين سـنة فى العصر الأموى ، فلابس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأى بدعائم قوية وكان له أكبر الأثر فى تلوينـه وتمييزه » [1] وتصدر سـعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لايهابها ، فأثر عنـه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على قضاء الا وقد علمته » [2] .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره فى تكوين الشريعة الاسلامية ، وأثره فى الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثرا وأثرا . فقد كان فى ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقـه الاسلامى . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، أهل الحديث وأهل الرأى . بدأت المدرستان تكونان نزعتين عند الصحابة والتـابعين وتابعيهم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتى الا به وهؤلاء فى الغالب من بقى من فقهاء المسلمين فى الحجاز (كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العـاص وسعيد بن المسيب والزهرى ونافع) وفريق آخر رحل عن الحجـاز ، وفى الامبراطورية الاسلامية الواسعة الاطراف وجد مدنيات تختلف عما ألفه ، وواجه أمورا غير التى عرفها ، وكل هذا يقتضى تجديدا وتطورا ، فمال الى الاجتهاد والرأى (كعبد الله ابن مسعود وعلقمـة ومسروق وشريح والأسود النخعى وابراهيم النخعى

الفقه

أهل الحديث وأهل الرأى

---

(١) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٨١ .

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ١ ص ٢٠٩ .

وحماد) . على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا فى الحجاز فان منهم من كان فى العراق كالشعبى ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكن أحد منهم فى الحجاز ، فقد كان فى الحجازيين من هو من أهل الرأى كربيعة الرأى ، بل أن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئا فى اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبى عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها (كما فعل فى حرمان المؤلفة قلوبهم وفى ايقاع الطلاق الثلاث). كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى أصلا ، فقد كانوا يقولون به ولكن فى حدود ضيقة ، ولم ينكره الا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهرى ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه الا القليل .

الفرق بين المدرستين

الفرق اذن بين المدرستين انما كان فى الاتجاهات العامة والنزعة لا فى التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الأولى للاسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح الا بالقدر الذى تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية فى الشريعة الرومانية ، وأهل الرأى هم الأحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الاسلام وانتظامه للأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة فى امبراطورية مترامية الأطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة الاسلامية لما أظلته من مدنيات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابانية . ثم قويت النزعتان وتحددت كل نزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها فقهاؤها . ثم مالبثت المدرستان أن أخذتا فى التقارب شيئا فشيئا حتى كادتا تمتزجان ، على النحو الذى سنراه . ويعنينا الآن أن نرى كيف كان نصيب الفقه فى تكوين الشريعة الاسلامية فى ذلك العهد كبيرا كنصيب القضاء .

ظهور مصدرين جديدين :

كانت مصادر الشريعة الاسلامية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادهما الفقه فى هذا العهد الثانى مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مرونتها على مر الزمن .

الاجماع

أما الاجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأى من طريق الاستشارة ، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فاذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصورا على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعيهم ثم صار أخيرا اجماع المجتهدين من أمة محمد فى عصر من العصور ، وفى هذا تطور للاجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد [1] .

القياس

أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أى الرأى والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان فى الأخذ به اختلافا بينا ، فأهل الرأى يكثرون من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك ، وأهل الحديث لا يلجأون الى القياس الا فى القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضا لم يقع .

العهد الثالث : تغلب الفقه على القضاء

(العهد الثالث) ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى وقتنا هذا .

---

(١) وقد وجد الفقهاء سند الاجماع فى حديث النبى عليه الصلاة والسلام (لا تجتمع أمتى على ضلالة) . ونقل جولد زيهر المستشرق المشهور فى كتابه (العقيدة والقانون فى الاسلام ص ٢٥) عن طبقات الشافعية للسبكى جزء ٢ أن الشافعى رأى سند الاجماع فى قوله تعالى فى سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم وساءت مصيرا . انظر أيضا مفاتيح الغيب للفخر الرازى جزء ٣ص٣٨ . وشنوك هرجرونج المستشرق المعروف فى مجلة تاريخ الاديان سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للاجماع فى القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصدرا للشريعة الاسلامية .

وفى أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعا عظيما وقل شأن القضاء . وقد تركز مذهب أهل الرأى فى أبى حنيفة [١] بالكوفة ، وتركز مذهب أهل الحديث فى مالك بالمدينة . واستمر الخلاف بين المذهبين حتى بلغ أشده . ثم عادت المدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبى يوسف والشافعى ، وان شذ بعد ذلك أحمد بن حنبل وداود الظاهرى .

أهل الرأى وأهل الحديث

وقد ظهر فى أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من المذاهب التى اندثرت (كمذهب الأوزاعى ومذهب سفيان الثورى ومذهب داود الظاهرى ومذهب ابن جرير الطبرى وغيرها) والواقع من الأمر ان هؤلاء الأئمة ختموا عهودا بدأها غيرهم ، وكان عملهم الانشائى فى الفقه أقل من عملهم التنظيمى . فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، وأصبح ، لا سيما عند أهل الرأى من أهم المصادر للشريعة الاسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليهما من حيث الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة المذاهب وتلاميذهم متجها فى معظمه الى تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضعه على أسس منطقية [٢]

تدوين المذاهب تسجيل الفقه ثم تكوينه

واذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائى فى الفقه ، فقد كان ذلك فى التعريفات التفصيلية ، وفى محاولة ادخال قواعد العدالة والمصلحة

عمل الفقه الانشائى : الاستحسان المصالح المرسلة وعلم أصول الفقه

---

(١) انظر فى طريقة أبى حنيفة فى استنباط الاحكام الشرعية الى كتاب الاستاذ لامبير فى القانون المقارن ص ٣٠٣ وما بعدها . ومن رأى الاستاذ لامبير أن ما يشير به الفقيه الفرنسى (جنى) من وجوب استنباط الاحكام القانونية بطريق البحث العلمى الحر هو ما سار عليه أبو حنيفة فعلا فى استنباط الاحكام الشرعية .

(٢) ومن هنا كان الاجماع كمصدر للشريعة الاسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة فيها الى سند من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء العثور على هذا السند) فانه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشريعة الاسلامية ، وتعددت الفقهاء والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأى فيهما ، والاخذ به باعتباره اجماعا .

العامة مصدرا جديدا للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند أبى حنيفة وللمصالح المرسلة عند مالك ، وفى وضع مبادىء علم أصول الفقه وأول كتاب معروف فيه رسالة للشافعى . ومن المبالغة أن نرى فى هذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة فى الفقه ، فقد كانت متفقة الى حد كبير فى الأسس والمبادىء الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف فى بعض الفروع التفصيلية .

اتصال أئمة المذاهب بعضهم بالبعض الآخر

على أن أئمة هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى بهديه ، فمحمد رحل الى المدينة وأخذ عن مالك ، كما أخذ الشافعى عن مالك ومحمد ، وأخذ احمد بن حنبل عن الشافعى ، ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، لاسيما المتأخرين من الفقهاء ، لاندمجت هذه المذاهب وأصبحت مذهبا واحدا ينتظم أهل السنة جميعا .

سبب ارتفاع شأن الفقه
تدوين الفقه
الدولة العباسية

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك أن تم تدوين الفقه فى هذا العهد ، وأن الدولة القائمة هى الدولة العباسية ، وهى الدولة التى اصطبغت بالصبغة الدينيـة ، وأخذت بيد الفقيه ورفعته أعلى الدرجات .

تغلبه القاضى والمشرع

بز الفقيه القاضى [1] . ومنع من ظهور المشرع [2] ، وانفرد يحلق فى

---

(١) أما أن الفقيه كان يصارع القاضى فذلك ما يدل عليه كثير من الخصومات التى كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة كما وقع لأبى حنيفة وابن أبى ليلى . وأما أن الفقيه ظفر بالقاضى فيدل عليه أن القاضى صار يقلد الفقيه ، واذا حاول الاستقلال فى قضائه من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الاستاذ عرنوس فى كتابه تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك ، قال : « ولما راى يوسف بن عبد المؤمن صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لا يفتون الا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحدا ، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدى اليه اجتهادهم فى الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يدم طويلا ، بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الامير » .

(٢) وقد حاول ابن المقفع أن يدفع المنصور الى تقنين أحكام الشريعة الاسلامية

سماء القانون .

ضرر انفراد الفقيه

وقد كان الخير فى أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء فى تكوين الشريعة الاسلامية ، وهو ما شاهدناه فى العهد الثانى فان الفقيه لما استأثر بالأمر فى العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية [1] وأكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد ما يغذيه من عناصر الحياة الخارجية [2] ثم وقفت حركته ، وأقفل باب الاجتهاد [3] . فاذا أريد الاصلاح وجب أن يرجع للقضاء شأنه ، وأن يفتح فى الفقه باب الاجتهاد من جديد . وأن يقوم التشريع الى جانب الفقه والقضاء ، فتتغذى الشريعة الاسلامية من

خلم بنجع ، ومما ذكره له فى كتابه الذى رفعه اليه ، « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه فى كتاب ، ويرفع معها ما يحتج كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتابا جامعا . رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لاجماع الامر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . » تاريخ القضاء (ص ٨٥) .

(١) وكان البعد عن القضاء يعد تنزها ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء فى كتاب ضحى الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى ان فى تولى الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى ان كثيرا من المحدثين لايروون حديث من تقرب الى السلطان ، وان كثيرا عابوا أبا يوسف من أجل تولية القضاء والحكايات من هذا القبيل كثيرة ، قال محمد بن جرير الطبرى : انه قد تحامى حديث أبى يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأى عليه وتفريعه الفروع والاحكام ، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء . ولعل السببين هما الباعثين لابى حنيفة على امتناعه من تولى القضاء فى العهد الاموى . . . . وفى الدولة العباسية » .

(٢) انظر رأى الاستاذ لامبير فى ضرر الاخذ بالرأى اذا لم ترشده وتسدده عناصر الحياة الخارجية فى كتابه فى القانون المقارن ص ٣٦١ .

(٣) بعد أن رتبت طبقات الفقهاء ، فطبقة المجتهدين فى الشرع ، وطبقة المجتهدين فى المذهب ، وطبقة المجتهدين فى المسائل التى لا نص فيها عن صاحب المذهب ، وأصحاب التخريج ، وأصحاب الترجيح ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين . ومذ وصلنا الى طبقة المقلدين أقفل باب الاجتهاد .

هذه المصادر الثلاثة [1] .

١٢٤ — مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى

مقارنة بين الشريعة الرومانية نصيب الفقهاء والفقه

(أولا) بدأ القانون الرومانى قضاء وانتهى فقها كما قدمنا ، أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت فقها وقضاء وانتهت فقها ، فهى تشترك مع القانون الرومانى فى النهاية وتختلف فى البداية . وقد يكون الخلاف فى البداية راجعا الى أن الفقه الاسلامى وجد منذ نشوء الشريعة الاسلامية نظاما قانونيا متماسكا ، دعامته الكتاب والسنة ، فى حاجة الى تفسير فقهى . أما القانون الرومانى ، فقد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لابد أن يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانونى الذى يفسره الفقه .

والقضاء كان أبعد أثرا فى تكوين القانون الرومانى منه فى تكوين الشريعة الاسلامية .

أما الفقه فأثره فى تكوين الشريعتين واحد . ويشبه الفقه الاسلامى الفقه الرومانى فى أنه بدأ مثله بمدرستين ، وتكون فى نحو قرنين ، وتدعم بأئمة أعلام ختموا العهد الخصيب فى تكون الفقه ، هم أئمة المذاهب فى الفقه الاسلامى ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون فى الفقه الرومانى . ولكن يلاحظ أن الفقه الاسلامى بقى زاهرا بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الأمر كذلك فى الفقه الرومانى .

(ثانيا) لم تسلك الشريعة الاسلامية فى نموها الطريق الذى سلكه

---

(١) ولما كان الاجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما مر بنا (ويتدخل فى الرأى والقياس اذ ليس هذان الا فقها وقضاء) ، فانه من المستطاع أن يكون الاجماع منظما للتشريع أيضا ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . فالاجماع اذن يأتى بعد الكتاب والسنة (وهما بمثابة دستور للشريعة الاسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع .

نمو القانون الروماني من طريق الاجراءات ونمو الشريعة من طريق الأحكام الموضوعية : قواعد العدالة الجزئيات والفروع أصول الفقه

الفقه الروماني ، فان هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونمى وازدهر من طريق الدعوى والاجراءات الشكلية أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا ووحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعية[1] . وقد خالطت قواعد العدالة القانون الروماني (في القانون البريطوري وقانون الشعوب) ، وقابل ذلك في الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وان كانت أقل امعانا في التوغل وأضعف أثرا . وفقهاء المسلمين كفقهاء الرومان شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادىء العامة إلا القليل النادر (كما في الاشباه والنظائر) الا أن فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادىء عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه .

١٢٥ — القانون الانجليزي

أسباب تأثير القضاء في القانون الانجليزي
(١) عدم وجود أساس لحركة فقهية
(٢) وجود العادات
(٣) العقلية الانجليزية
(٤) علو مكانة القضاء

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الانجليزي ، ويكاد لا يوجد قانون أثر الفقه في تكوينه ضئيل كهذا القانون . وقد يعلل ذلك بالاعتبارات الآتية :

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الروماني الا الى حد محدود ، ولم يكن

---

(١) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففي الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفي السنة هذا أيضا ، على أن السنة لم تتحدد الا في القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبي عليه السلام مما أدخل في السنة عنصرا كبيرا من المرونة (أنظر لامبير في القانون المقارن ص ٣٢٠) وفي الاجماع تطور اذ ان الاجماع ينسخ الاجماع ، وفي القياس (أي الرأي والفقه والقضاء) تطور ولا أدل على ذلك من مذهبي الشافعي العراقي والمصري .

عنـدها قانون سماوى يكون أساسا لحركة فقهية كما تم ذلك فى الشريعـة الاسلامية .

(٢) لم يكن أمام الانجليز اذن غير العادات السكسونيـة والعادات النورماندية تبدأ بها شريعتهم : وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فان القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فتلتمس الناس التقرير الرسمى لهـذه العادات فى قضاء الحاكم .

(٣) وللعقلية الانجليزية أثر كبير فى جعل القضاء مصدرا للقانون ، فهى عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير المنطقى وتسكن الى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه تجد قانونها فى القضاء لا فى الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب فى تكوين القانون الانجليزى لاسيا فى العصور السالفة ، واذا وجد فى العصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسـة النظرية ففى المـاضى لم يكن هناك فقيه انصرف للفقه الخـالص ، بل كان بعض القضاة والمحـامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التى تغلبت فيها الصبغة العلمية .

فالقضاء هو الذى كون القانون الانجليزى وأصبح مصدره الرسمى . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجـة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الانجليزى هو الذى فرض نفسه ، وأخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس تألف احترام أحكامه ، وتدرج فى هـذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزى الى ثلاثة عهود :

العهد الاول
توحيد العادات

(العهد الأول) من وقت الفتح النورماندى فى النصف الأخير من

القرن الحادى عشر الى قيام محاكم (العدالة) فى القرن الرابع عشر . وفى هذا العهد أنشأ النورمانديون محاكم عامة للبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى أخرى ، ثم تتجمع فى لندن . وهذه هى المحاكم التى وضعت أساس القانون الانجليزى فانها وحدت العادات المتضاربة المختلفة فى البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة مبادىء القانون الانجليزى المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام أساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق وقد انقسمت الآراء فى تحديد نصيب القاضى فى صنع « القانون العام » ففريق (على رأسه هيل وبلاكستون) يرى ان القاضى لم يصنع القانون العام ، بل ان هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضى يكشف عن هذه العادات ويقررها قانونا ، ويذهب فريق آخر (على رأسه اوستن ودايسى) الى ان القاضى هو الذى صنع (القانون العام) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا للقواعد القانونية لا مصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح فى كل من النظريتين ، فتجعل « للقانون العام » الانجليزى مصدرين . العادات والقضاء ؛ فتارة كان القاضى يرى أمامه عادات موجودة وما عليه الا أن يطبقها ؛ فهو فى هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه ، وطورا كان يتفقد القاعدة القانونية فلا يجدها فى عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يحرر العادات ويهذبها وهو فى هذه الحالة ينشىء القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقرره .

تكوين القانون العام

العهد الثانى : قانون العدالة

(العهد الثانى) من وقت قيام محاكم « العدالة » فى القرن الرابع عشر حتى وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » فى أواخر القرن

التاسع عشر : والسبب فى قيام « محاكم العدالة » هذه ان « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الأوضاع والاشكال ، بطىء التطور فأنشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر فى المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم تأخذ بقواعد العدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال(١) وصارت الأحكام التى تصدرها « محاكم العدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها فى القضايا المماثلة « فمحاكم العدالة » هى التى خلقت اذن « قانون العدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذى ورد فى « القانون العام » هل هو من صنع القضاء أو هو وليد العادات ، فلا شك فى أن « قانون العدالة » هو من وضع القضاء .

العهد الثالث : توحيد قانون العدالة والقانون العام

(العهد الثالث) من وقت توحيد « قانون العدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هذا . رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العام » له محاكم تطبقه ومؤلفات تشرحه . وبقى ينافس « القانون العام» حقبة طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » أن توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العام » وأصبحت القاعدة اذن أن « القانون العام » لا ينفذ الا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » وفى هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولمبادىء العدالة » وقد تم تسجيل هذا الظفر فى أواخر القرن التاسع عشر ، اذ صدر قانون فى سنى

---

(١) أنظر فى بعض الامثلة الى كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا باللغة الفرنسية فى « نصيب القاضى فى صنع القانون الانجليزى وفى صنع الشريعة الاسلامية » باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ و ص ١٠٦ .

١٨٧٣ — ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ويخلق منها نظاما واحدا يطبق القانون العام فى النواحى التى لم يدخل عليها « قانون العدالة » تعديلا ، والا فقانون العدالة هو الذى يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون العدالة » (١) وصار قانونا واحدا هو فى الواقع من صنع القضاء .

المبحث الثانى

الفقه والقضاء فى القوانين الحديثة

١٢٦ — نزعتاد مختلفتاد فى القوانين الحديثة

أما فى القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان فى القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

النزعة السكسونية : القضاء يتغلب

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الانجليزى ، فى بريطانيا وامريكا واستراليا وجنوب افريقيا والهند وغيرها من البلاد وهى لا تقيم للفقه وزنا كبيرا ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

النزعة الرومانية : القضاء والفقه يتعاونان

والنزعة الرومانية تتجلى فى البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وايطاليا واسبانيا ، وتتجلى كذلك فى البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدرا رسميا للقانون (٢) ولكنها تعنى به فتجعله مصدرا تفسيريا هاما .

---

(١) كما امتزج القانون المدنى بالقانون البريطورى فى القانون الرومانى .

(٢) على انه يوجد نص فى القانون السويسرى يقضى بأن القاضى اذا لم يجد نصا فى القانون ينطبق على القضية التى أمامه يحكم فيها كما لو كان هو المشرع وطلب اليه أن يضع القاعدة القانونية التى تنطبق على القضية .

أما الفقه فيرتفع عندها الى مكانة تدانى مكانة القضاء فهو اذا لم يكن مصدرا رسميا للقانون فان له شأنا كبيرا كمصدر تفسيرى . فالفقه والقضاء فى هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .

ونختار القانون الانجليزى ممثلا للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسى ممثلا للنزعة الرومانية .

١٢٤ — الفقه والقضاء فى القانون الانجليزى الحديث

الفقه : ليس له شأن

أما الفقه فلا شأن له فى تكوين القانون الانجليزى كما قدمنا ، وان كان هناك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون فى انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه فان التوسع فى تدريس القانون فى الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض الى دراسة القانون دراسة فقهية ، ومن أشهر فقهاء الانجليز فى هذا العصر الحديث بولوك ودايسى وهولند وأنسون . ولكن الفقيه لا يزال بعيدا عن التأثير فى القانون الانجليزى ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون الانجليزى من صنع القاضى ومن صنع المشرع .

القضاء : السوابق القضائية ملزمة

ولا شأن لنا بالمشرع فى هذا المقام ، وانما نقف عند القاضى . فقد قدمنا أن « القانون العام » « وقانون العدالة » امتزجا وصارا قانونا واحدا تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة . وتقضى القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية و بعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانونا يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم أول درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم أول درجة باعتباره قانونا يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة . أما قضاء محاكم أول درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف ولمجلس اللوردات

فيعتبر قانونا ملزما لا تجوز مخالفته الا اذا توافر شرطان ، الشرط الأول أن يأتى هـذا القضاء مخالفا للقانون أو العدالة ، والشرط الثانى ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن الناس الى استقراره وتجرى تعاملها على مقتضاه [(١)] .

ونرى من ذلك الى أى أحـد وصل احترام القضاء فى القانون الانجليزى وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخـذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما ، وقد يصل الأمر الى أن مجلس اللوردات وهو أعلى محـكمة قضائية ، يتقيد بقضاء محاكم أول درجة ، ولا يجوز له أن ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين المتقدم ذكرهما .

مجموعات السوابق القضائية

ولما كان القضاء الانجليزى على هـذا القدر من الأهمية ، فقد جمعت السوابق القضائيـة فى مجلدات ضخمة ، يرجع اليها رجل القانون فى انجلترا كما يرجع رجل القانون فى فرنسا الى نصوص التقنينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية فى القدم الى القرن الثالث عشر .

١٢٨ — الفقه والقضاء فى القانون الفرنسى الحديث

للفقه فى القانون الفرنسى مكانة أعظم بكثير من مكانة الفقه فى القانون الانجليزى ، أما القضاء فمكانته فى القانون الأول تقل عن مكانته

---

(١) أما قضاء المحاكم الاخرى ، كالمحاكم الارلندية والمحاكم الامريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الانجليزية وانما تستأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع فى البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضـاء مجلس اللوردات ومحـكمة الاستئناف ومحاكم أول درجـة لا يكون ملزما الا فى المبادىء القانونية التى يكون تقريرها ضروريا للفصل فى الأقضية التى ورد فيها هذا القضاء ، أما المبادىء القانونية التى يقررها القضاء على سبيل التبسط والتوسع فهى غير ملزمة (أنظر فى القضاء الانجليزى سالمون فى علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ — ١٧٨) .

فى القانون الثانى فهـذا الارتفاع عن مكانة الفقه ، وهذا النزول فى مكانة القضاء ، يقرب الشقة بينهما و يجعلهما متـدانى الأثر فى القانون الفرنسى . والفقه والقضاء كلاهما مصدر تفسيرى فى القانون الحديث وليسا بمصدرين رسميين كما كان الأمر فى القانون الرومانى وكما هو فى القانون الانجليزى بالنسبة للقضاء .

القضاء : السوابق القضائية

واذا كان القضاء فى فرنسا قد أخـذت أهميته تزداد شيئا فشيئا وقد اقترب منـه الفقه ، فتارة يقتفى أثره وطورا يسير فى طليعته ، فانه لا يزال من الناحية النظرية معـادلا للفقه من حيث انه مصدر تفسيرى لا مصدر رسمى، وان كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه فى ان أحكامه هى التى تنفـذ على المتقاضين . على ان السوابق القضائيـة فى فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر فى انجلترا على ما قدمناه ، وكثيرا ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض فى أحكامها ، بل كثيرا ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادىء التى قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزما الا فى حالة خاصة ، هى أن تنقض حكما ، وترجع القضية الى المحـكمة الاستئنافية ، فتقضى فيها ، فيرفع نقض آخر عن الحكم الثانى لنفس الأسباب الأولى ، فتقضى محكمة النقض فى دوائرها المتجمعة فى هـذا النقض ، فان قضت بنقض الحـكم الثانى لنفس الأسـباب التى نقضت من أجلها الحـكم الأول ، فان المحـكمة التى تحال اليها القضية تلتزم بتطبيق المبـدأ القانونى الذى قررته محكمة النقض فى هـذه القضية دون غيرها ، فان لم تفعل ، ورفع نقض عن الحـكم الثالث ، فان محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق المبدأ الذى قررته . ونرى من ذلك الى أى حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزما . على انه حتى فى هـذا الحد الضيق ، لا يكون حكمها ملزما باعتباره قانونا يطبق على القضايا المماثلة ، بل هو ملزم بمعنى انه واجب

التطبيق فى قضية معينة بالذات . والفرنسيون حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء قوانين ملزمة احتراما لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظيفتها أن تشرع ، بل هى تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى على القضاة أن يضعوا للفصل فى احدى الدعاوى مبدأ عاما يطبق فى القضايا المتماثلة وقد كان هذا الحق ثابتا للمحاكم الفرنسية القديمة التى كانت تدعى « بالبرلمانات » فنزع هذا الحق من المحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية فى وقت واحد(١) .

الفقه

وكذلك الفقه فى فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد فى القانون الفرنسى الحديث ، كما وجد فى القانون الرومانى ، فقهاء تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما ان الفقهاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصدرا رسميا للقانون كما كان شأن الاجتهاد فى الشريعة الاسلامية . فمهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه ملزما للقضاء ، بل ان القاضى يستأنس برأى الفقيه ، وله بعد ذلك أن يأخذ به أو لا يأخذ ، فالفقيه فى فرنسا يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

تعاون القضاء والفقه

ونرى من ذلك ان الفقه والقضاء فى فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا بما تقتضيه المبادىء العلمية والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لا يكون ملزما للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزما للفقه ؛ فالسبيل مفتوح أمامهما للتعاون والرقابة . فالقاضى يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه يتعاون مع القاضى ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما لا يكون ملزما باعتباره قانونا ، وان كان له من الوزن ما يسمح

---

(١) على أن القضاء (اذا لم يجد نصا يطبقه فى قضية معينة) قد يستنبط الحكم القانونى من مصادره المختلفة (فهو فى هذه الحالة يشرع) ولكن تشريعه مقصور على قضية معينة .

بالتأثير فى القانون تأثيرا عظيما . وكثيرا ما يكون الرأى الذى يجمع عليه الفقه والقضاء مصدرا تاريخيا للقانون وان لم يكن مصدرا رسميا . وهذا التعاون ما بين الفقه والقضاء فى فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون ، وقد قدمنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوبا ، فالتعاون يوفر المزايا ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

انعزال الفقه عن القضاء فى القرن التاسع عشر

على ان هذا التعاون ليس قديما . فقد كان الفقه والقضاء ، فى الجزء الأكبر من القرن التاسع عشر . بعيدين أحدهما عن الآخر يعيش الفقه وحده بين جدران الجامعات ، بمعزل عن القضاء الذى تطبقه المحاكم . وقد نشأ عن عزلة الفقه هذه أن صار فقها خياليا بعيدا عن الحياة العملية . ونشأت مدرسة فقهية هى مدرسة (الشرح على المتون) لا تعترف الا بالنصوص التشريعية مصدرا للقانون ، تقف عندها ، ولا تنظر ما وراءها . فالنصوص وحدها هى التى تتضمن القانون . ويجب تفسير هذه النصوص بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ولا يبالون بعد ذلك بالمصادر الأخرى للقانون ما دامت لم تدخل فى نطاق التشريع . ولا يكترثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من أثر فى النصوص التشريعية . فعندهم ان العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر ، الى أن أصبح الفقه تعبيرا خياليا عن القانون . وأصبحت دراسته فى الجامعات دراسة نظرية ، لا تمت بصلة الى الحياة العملية . أما التعبير الحى عن القانون فيلتمس فى القضاء . وقد أدرك الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتون) واقتربوا من القضاء ، ونظروا الى القانون وهو يطبق فى الحياة العملية . فوجدوه شيئا آخر غير القانون الذى يشرح فى الكتب . وعلموا

أن القانون ليس محصورا فى النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء أن يستنبطا منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء بغريزته مدركا لهذه الحقيقة عاملا بمقتضاها ، فاقترب الفقه من القضاء وأخذا فى التعاون على النحو الذى قدمناه [1] .

١٢٩ — نصيب الفقه والقضاء فى تكوين القانون المصرى

مصادر القانون المصرى :

القانون المصرى مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ، القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية . المصدر الأول أخذ عنه المشرع المصرى قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائية وقوانين الاجراءات . والمصدر الثانى أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية .

والقانون الفرنسى مصدر تاريخى للقانون المصرى . أما الشريعة الاسلامية فهى مصدر رسمى .

الاحوال الشخصية

أما نصيب الفقه والقضاء فى تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبها فى تكوين الشريعة الاسلامية . وقد تقدم بيان ذلك .

المعاملات

وكذلك نصيب الفقه والقضاء فى تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبهما فى تكوين القانون الفرنسى . الا انه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصرى ، عند ما نقل تقنيناته عن التقنينات الفرنسية ، أخذ فى بعض المسائل بالقضاء الفرنسى لابالتشريع . مثل ذلك الهبة فى صورة البيع وجواز تخفيض أجر الوكيل . فيكون للقضاء الفرنسى

---

(١) والمؤلفات الفقهية فى القانون الفرنسى كثيرة ، منها المطول والمختصر ، وقد اشتهر الفقه الفرنسى بوضوحه وبحسن ترتيبه . ومن أهم المطولات الحديثة فى الفقه المدنى بودرى وبلانيول ، ومن أهم المختصرات بلانيول وكولان مع كابيتان وجوسران . ولاحكام القضاء فى فرنسا مجموعات كثيرة أشهرها دالوز وسيرى .

التالى للتشريع أثر مباشر فى تكوين القانون المصرى .

الفقه والقضاء مصدران تفسيريان

١٣٠ — الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

أما وقد وجد القانون المصرى . وكان نصيب الفقه والقضاء فى تكوينهما هو القدر الذى ذكرناه ، فان الفقه والقضاء الآن لا يعدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصرى ، وليسا مصدرين رسميين . فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكسونية ، هى المتغلبة فى مصر .

١٣١ — الفقه والقضاء فى القوانين الأهلية والمختلطة :

الفقه والقضاء المصريان

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا . تستأنس بهما المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة فى تفسير القانون . ولكن لها أن تأخذ بهما أو تدعهما كما تفعل المحاكم فى فرنسا .

وليس القضاء الأهلى فى مصر ملزما الا فى حالة واحدة ، هى أن يطعن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد . ففى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والابرام فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقض ملزم فى هذه القضية بالذات دون غيرها . كما تقدم ذلك فى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

الفقه والقضاء الفرنسيان

على ان المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيرا ما تستأنس بالفقه والقضاء فى فرنسا . ويرجع السبب فى ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما قدمنا . فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح فى أغلب الأحيان تفسيرا

للقوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء فى مصر لا يزالان فى مراحلهما الأولى من التقدم ، وهما بعد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، سريعا التأثر بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية فى كثير من الأحوال أن ترجع الى الأصل دون التبع . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء فى حاجة الى استكمال نضوجهما حتى يتمكنا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فالفقه المصرى ليس له طابع شخصى ، ويكاد يكون تقليدا محضا للفقه الفرنسى ، على وفرة للمؤلفات الفقهية والرسائل والمجلات فى القانون المصرى فى جميع فروعه ، من أهلى ومختلط وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين وأجانب . « ولسنا ننكر ما قامت به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جليلة فتحت الباب لمن أتى بعدهم يترسم خطاهم . الا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا تبغى الدنو أبدا من الكمال . ولا تزال المرحلة التى قطعناها . على ما فيها من جهود ومشقة صغيرة الى جنب المراحل التى بقى علينا أن نجتازها واذا كنا قد وفقنا الى تأدية الفقه الحديث فى لغة عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة . فقد بقى أمامنا خطوتان أخريان أجل شأنا وأكبر خطرا علينا أولا أن « نمصر » الفقه فنجعله فقها مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو أيضا يحتله الأجنبى . والاحتلال هنا فرنسى ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنتا من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصرى يتلمس فى الفقه الفرنسى الهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين . فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه فى جو مصرى ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية ونؤدى قسطا مما تفرضه علينا الانسانية ضريبة فى سبيل

تقدم الفقه العالمى أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن . . . .
(ومن أهم الوسائل فى الوصول الى ذلك العناية بالشريعة الاسلامية)
شريعة الشرق ، ووحى الهامه ، وعصارة أذهان مفكريه ، نبتت فى صحرائه ،
وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من
نور الاسلام ، يلتقى عندها الشرق والاسلام فيضىء ذلك بنور هذا
ويسرى فى هذا روح ذلك . حتى ليمتزجان ويصيران شيئا واحدا . هذه
هى الشريعة الاسلامية لو وطئت أكنافها ، وعبدت سبلها ، لكان لنا فى
هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى
تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضىء به جانبا من
جوانب الثقافة العالمية فى القانون . » [١]

وكذلك القضاء المصرى فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء
الفرنسى ، ويكاد لا يستغنى عنه ، وان كان قد وصل فى طريق الاستقلال
الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء فى ذلك القضاء الأهلى والقضاء
المختلط ، لاسيما بعد أن أنشئت محكمة النقض الأهلية ، وتهذبت المجموعات
التى تنشر بها الأحكام القضائية الأهلية والمختلطة . [٢]

انعزال الفقه عن القضاء فى مصر

على ان الفقه والفقهاء فى مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمعزل
عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه
والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون فى
بذلها الفقه والقضاء . فاذا عنى القضاة بكتابة أحكامهم على أسس فقهية

---

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتابنا : « النظرية العامة الالتزامات الجزء الأول فى نظرية العقد » .

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية ومجلة المحاماة فى القضاء الأهلى ومجموعة التشريع والقضاء المختلط وجازيت المحاكم المختلطة فى القضاء المختلط .

متينة ، و بنشر هـذه الأحكام ، وعنى الفقهاء بالتعليق على أحكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادىء الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه أن يعيشوا فى بيئة قضائيـة ، ولرجال القضاء أن يعيشوا فى بيئة فقهية ، فان هـذا الامتزاج لا شك محـدث أكبر الأثر فى تهـذيب كل من الفقه والقضاء .

١٣٢ — الفقه والقضاء فى قانون الأحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما أثر كبير فى تكوين الشريعة الاسلاميـة ، شريعة الأحوال الشخصية ، فانهما الآن فى مصر ليسا الا مصدرين تفسيريين ، وليست لها الا أهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

قضاء المحاكم الشرعية

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه الا أن يطبق أحكام الشريعـة الاسلامية على الأقضية التى تعرض لهـذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة فى نصوص تشريعية — بأن يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحنفى . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون فى مذهب واحـد ، وفى قول من هـذا المذهب فلا عجب اذا لم يكن للقضاء الشرعى أثر كبير فى النهوض بالشريعة الاسلامية ، والأخذ بها فى طريق التطور ، حتى تماشى مقتضيات المدنية الحاضرة (١) .

الفقه الشرعى

أما الفقه الشرعى فهو بعيد بعـد القضاء عن التأثير فى الشريعـة الاسلامية . وفقهاء الشريعة الاسلاميـة فى مصر فى العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وان كان عنـد البعض نزعة الى الاجتهاد . وأمام هـذا الفريق الأخير هو الأسـتاذ الامام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقـد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقـة لروح العصر أثر كبير فى تنبيـه الفقهاء الى وجوب

---

(١) وتجمع مجلة المحاماة الشرعية احكام القضاء الشرعى من عهد غير بعيد .

فتح باب الاجتهاد من جديد . على ان أحدا من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى نفسه الاجتهاد ، مهما اشتدت نزعته الى ذلك ، لما تأصل فى فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفى هذا من الجمود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التى يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الاسلامية فضل كبير فى كتابة بعض أبواب الفقه الاسلامى ملخصا فى أسلوب عصرى ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الاسلامية فى المعاهد الأزهرية ، وكثيرا ما يستعان بها فى المحاكم عند الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قنن المرحوم قدرى باشا هذه الأحكام ، واستعان فى ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت تقنيناته هذه هى الأساس الذى بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت تقوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع جهود فقهاء الهنود والمستشرقين ، فهى غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية فى مصر . ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التى أشرنا اليها صدرت من علماء غير مختصين فى الفقه الاسلامى كالمرحوم قدرى باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما المعهد الأزهرى فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الامام وتلاميذه الأعلام من متخرجيه ، على انه يحمل فى عنقه أمانة هذه الشريعة المحمدية وعليه أن يضطلع بهذه المسئولية الخطيرة فى الجيل الحاضر كما اضطلع بها فى الأجيال الماضية .

الباب الثالث

فروع القانون

١٣٣ — تقسيم القانون الى قانون دولى وقانون داخلى :

ينقسم القانون انقساما أوليا الى قانون دولى (droit international) وقانون داخلى (droit interne) .

القانون الدولى — القانون الداخلى

فالقانون الدولى ينظم الروابط الاجتماعيـة فيما بين أكثر من دولة واحدة . والقانون الداخلى ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة .

الفصل الأول

القانون الدولى

١٣٤ — تقسيم القانون الدولى الى عام وخاص :

وينقسم القـانون الدولى بدوره ، الى قانون دولى عام ، (droit international public) وقانون دولى خاص (droit international privé)

القانون الدولى العام — القانون الدولى الخاص

فالقانون الدولى العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى . والقانون الدولى الخاص ينظم الروابط الخـاصة ما بين الأفراد المنتمين الى دول مختلفة .

الفرع الأول

القانون الدولى العام

١٣٥ — مسائل القانون الدولى العام :

قدمنا أن القانون الدولى العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول [١] .

قانون السلم

ولما كان لكل دولة سلطانها المستقل ، وكان لابد لكل دولة أن تتصل بالأخرى ، فالعلاقات التى تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لابد أن تنظم ، والقانون الدولى العام هو الذى يتولى تنظيمها .

فحقوق الدولة فى السلطان ، وفى البقاء ، وفى المساواة ، وفى الملكية ، وفى القضاء ، كل هذه ينظمها القانون الدولى العام . كذلك ينظم هذا القانون ما يجرى بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسى والتمثيل القنصلى ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هى الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التى تنظم هذه الروابط بقانون السلم .

قانون الحرب والحياد

فاذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالعلاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفية اعلان الحرب والأسلحة التى يجوز استعمالها ومعاملة الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق انهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب أما الدول الأخرى التى لا تدخل الحرب فتكون علاقتها

---

(١) ونرى أن يدخل أيضاً فى دائرة القانون الدولى العام القواعد التى تنظم الروابط ما بين الأفراد المنتمين الى دولة معينة وبين دولة اخرى أجنبية عن الأولى باعتبارها سلطة عامة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بحقوق الأجانب فى الدولة .

بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرغ عنها من جواز ضبط المهربات الحربيـة والحصار البحرى وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

الهيئات الدوليـة الكبرى

وقد تمخضت الحرب الكبرى عن هيئات دوليـة جديدة ، أهمها عصبة الأمم ومحكمة العدل الدائمة ونظام العمل الدولى فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التى تتبعها فى القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولى العام .

١٣٦ — مصادر القانون الدولى العام :

ولا يزال القانون الدولى العام فى المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكرنا فى حالته الراهنة بمـا كان عليه القانون الداخلى فى الأزمان السابقة من نقص فى وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلى بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أى على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء يكونان مصدرين له . أما الفقه فقـد بدأ منذ القرن السابع عشر . وقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف هو الذى أسس القانون الدولى الحديث على مبادىء القـانون الطبيعى ، وتعاقبت بعـده فقهاء القانون الدولى يبسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ يتغلغل فى القانون الدولى فى العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذى بدأ يكون اختياريا ، وهو يتطور الآن ليـكون اجباريا ، وعهد بتأدية العـدالة الدولية الى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك الى هيئات دائمة ومحاكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك فى العدالة داخل الدولة .

العادات والمعاهدات

الفقه والقضاء

فالقانون الدولى يسير فى الطريق الذى سلكه القانون الداخلى .

ولا يزال القانون الدولى ينقصه شيئان جوهريان توافرا للقانون الداخلى .

عدم وجود أجزاء تشريعية دولية

الشىء الأول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تلزم الدول . وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتمسها فى عصبة الأمم . فهذه العصبة ليست دولة فوق الدول ، بل هى مؤتمر دائمى تجتمع فيه الدول فى شىء من التنظيم والاضطراد ، يكفله تشكيل هيئات دائمة لهذا المؤتمر . مع بقاء الانضمام الى عصبة الأمم والخروج منها اختيارى موكول الى ارادة الدول أعضاء هذه العصبة . وهى اذا انضمت لا تلتزم بتشريع تسنه العصبة الا اذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو اتفاقية .

عدم وجود هيئة

والشىء الثانى هو عدم وجود جزاء تطبقه سلطة عليا على الدول التى تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولى . وذلك انه لا توجد قوة دولية تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولى من الأحكام حتى ما ارتضته الدول من هذه الاحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة قد قرر ضروباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا العهد فان هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة بكامل سلطانها .

انتقال القانون الدولى الى قانون دستورى

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولى ، وبقى مضطرداً الى حد الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية والى السلطة الدولية التى توقع الجزاء ، فالقانون الدولى فى ذلك الوقت لا يبقى دوليا ، اذ تكون الدول قد اندمجت فى ضرب من الوحدة ، وأصبح القانون الذى ينظم ما بينها من روابط قانونا دستوريا لا قانونا دولياً .

الفرع الأول

القانون الدولي الخاص

١٣٧ — مسائل القانون الدولي الخاص

تنازع الاختصاص وتنازع القوانين

قدمنا أن القانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين الى دول مختلفة والأدق أن نقول ان كل قضية تثير احتكاكا ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضي الأمر أن نحدد أي قضاء هو المختص وأي قانون هو الواجب التطبيق ، تدخل في دائرة القانون الدولي الخاص ، حتى لو كان الخصوم ينتمون جميعا الى دولة واحدة .

فأية قضية تشتمل على عنصر أجنبي قد تثير مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص . والكثير من القضايا لا تشتمل على عنصر أجنبي فلا تثار فيها قواعد القانون الدولي الخاص . مثل ذلك مصري يرهن لمصري آخر أرضا في مصر مملوكة له ، فأي نزاع يقوم بشأن هذا الرهن يعرض على محكمة مصرية ، ويطبق فيه القانون المصري ، لكن اذا فرض ان الأرض المرهونة ليست في مصر بل في فرنسا ، وهي مملوكة لفرنسي رهنها لمصري في مصر ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا النزاع أمام محكمة مصرية ، هذا هو السؤال الأول ، ثم اذا قلنا بجواز رفع النزاع امام محكمة مصرية ، بقي ان نعرف أي قانون تطبقه المحكمة المصرية على هذا النزاع ، انطبق القانون المصري باعتباره قانونها أو باعتباره قانون أحد الخصمين ، ام تطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون الخصم الآخر أو باعتباره قانون محل العقار ؟ هذا هو السؤال الثاني .[1]

---

(١) ولو فرض أن كلا من الراهن ، والمرتهن مصري ، ولكن الأرض المرهونة في فرنسا ، فتنازع الاختصاص وتنازع القوانين باق على حاله كما في المثل المتقدم ، ولو أن الخصمين ينتميان الى دولة واحدة ، لأن القضية دخل فيها عنصر أجنبي =

والقانون الدولى الخاص هو الذى يجيب على كل من السؤالين ، فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكمة المختصة ، ويحدد عند تنازع القوانين القانون الواجب التطبيق،

تنازع الاختصاص

أما تنازع الاختصاص فمن الأمثلة عليه ما يأتى : انجليزى احترف التجارة فى مصر ثم افلس ، وأعلنت محكمة مصرية افلاسه ،رجع الانجليزى بعد ذلك الى انجلترا وثار نزاع بينـه وبين أحد دائنيه عرض على محكمة انجليزية .فهذه المحـكمة تبت أولا فيما اذا كانت المحكمة المصرية التى أعلنت الافلاس مختصة فى نظرها باعلان افلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض ان انجليزيا فى فرنسا رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة فرنسية . فحكمت له بالطـلاق ، وذهب الى انجلترا بعد ذلك وتزوج من أخرى .ثم ثار نزاع بينه وبين مطلقته فى صحة الطـلاق ، وعرض النزاع على محكمة انجليزية ، فهذه المحكمة تبت أولا فيما اذا كانت المحكمة الفرنسية التى حكمت بالطلاق مختصة بهذا الحكم فى نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض فى المثلين المتقدمين : فى المثل الأول عند ما تعلن المحكمة المصرية افلاس التاجر الانجليزى ، أى القانونين تطبق، القانون الانجليزى أم القانون المصرى ؟ وفى المثل الثانى عند ما تقضى المحكمة الفرنسية بالطلاق هل تطبق فى قضائها هذا القانون الفرنسى وهو قانون المحكمة أو القانون الانجليزى وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها فى القانون الدولى الخاص ما يأتى :

الشكل

(١) الشكل يطبق فيه قانون المحل مثل ذلك مصرى كتب وصية

= (هو وجود الأرض المرهونة فى فرنسا) أوجب احتكاكا ما بين القضاء والقانون فى دولتين ، دولة مصر التى ينتمى اليها الخصمان ودولة فرنسا التى توجد بها الأرض المرهونة .

فى فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة مصرية فالمحكمة المصرية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون الفرنسى وهو قانون المحل الذى كتبت فيه الوصية .

الاحوال الشخصية

(٢) فى الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية فى بعض الدول ، وقانون الموطن فى البعض الآخر . مثل ذلك مصرى مسلم رفع دعوى طلاق امرأته أمام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق فى هذه الدعوى الشريعة الاسلامية . قانون جنسية الزوجين .

العقار

(٣) فى العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار فى فرنسا يملكه مصرى ورهنه . وعرض نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية . فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسى . وهو قانون محل العقار .

١٣٨ — طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص والفرق بينها وبين القانون الدولى العام :

وتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص هى فى الواقع من الأمر قوانين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها ، تطبقها محاكم هذه الدولة كما تطبق أى قانون داخلى آخر . وتستمد هذه القواعد من التشريع أو من القضاء أو من الفقه أو من أى مصدر آخر من المصادر المعروفة للقانون .

الفروق بين القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص

ويتضح من ذلك أن هناك فرقا جوهريا بين قواعد القانون الدولى الخاص وقواعد الدولى العام ، فالأولى قوانين داخلية كما قدمناه ، تطبقها المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ، ولها جزاء بخلاف قواعد القانون الدولى العام فقد رأينا أن لها محاكم دولية تطبقها ولا مصدر لها من

التشريع ، وليس لها جزاء .

النزعة الى توحيد قواعد القانون الدولى الخاص

على أن هناك نزعة واضحة ترمى الى توحيد قانون الدولى الخاص عند جميع الدول اما بتوحيد التشريع أو بمقتضى اتفاقيات وفى الحالة الأخيرة تكسب قواعد القانون الدولى الخاص صبغة دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم روابط ذات صبغة دولية ، بل من حيث مصدرها أيضا اذ تصير قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

الفصل الثانى

القانون الداخلى

١٣٩ — تقسيم القانون الداخلى الى خاص وعام :

القانون العام

وينقسم القانون الداخلى كما ينقسم القانون الدولى الى قانون عام (Droit public) وقانون خاص (Droit privé) .

القانون الخاص

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التى تشتمل عليها وعلاقة الأفراد بها . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد داخل الدولة .

الفرع الاول

القانون العام

١٤٠ — أقسام القانون العام :

ويشتمل القانون العام على الأقسام الآتية :

القانون الدستورى

١ — القانون الدستورى (droit constitutionnel) وهو القانون

الذى يقرر حقوق الفرد فى الدولة ويحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقاتها مع الأفراد .

القانون الادارى

٢ — القانون الادارى (droit administratif) وهو فرع من القانون الدستورى ويقتصر من السلطات العامة على السلطات الادارية ، فيبين النظم التى تقوم عليها ويحدد علاقاتها مع السلطات الأخرى وعلاقاتها مع الأفراد .

القانون المالى

٣ — القانون المالى (droit financier) وهو فرع من القانون الادارى ويقتصر من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض ، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

القانون الجنائى

٤ — القانون الجنائى أو قانون العقوبات (droit penal) ويبين الجرائم المعاقب عليها فى الدولة وقدر العقوبة فى كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال المنهى عنها والتى اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا عن المجموع واستحق العقاب .

قانون الاجراءات الجنائية

٥ — قانون الاجراءات الجنائية (droit de procedure penale) وهو فرع من القانون الجنائى ويبين الاجراءات التى تتبع لتطبيق أحكام القانون الجنائى كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والأحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .

وها نحن نستعرض كل قسم من هذه الأقسام فى ايجاز تام .

المبحث الاول

القانون الدستورى

١٤١ — مسائل القانون الدستورى

حقوق الفرد

قدمنا أن الدستور يحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر، وعلاقاتها مع الأفراد، وحقوق الفرد فى الدولة [1]. فاحدى المسائل التى يبحثها القانون الدستورى هى حقوق الفرد فى الدولة.

وقد قامت الدمقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان: الحرية والمساواة. والحرية تشتمل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة المسكن وحرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم. والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء والمساواة فى التوظف والمساواة أمام التكاليف العامة.

شكل الدولة

ثم يبحث القانون الدستورى عناصر الدولة الأربعة (وهى جماعة من الناس واقليم وتنظيم وسلطان) وشكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية وجمهورية. استبدادية وديمقراطية ودكتاتورية برلمانية وغير برلمانية، بسيطة وعهدية الخ الخ).

السلطات العامة

ثم يحدد القانون الدستورى السلطات العامة التى تتألف منها الدولة، وهى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والأعمال التى تقوم بها والصلات التى بين كل سلطة بأخرى، وعلاقة كل سلطة بالأفراد.

---

(١) ونرى أن يدخل فى دائرة القانون الدستورى القواعد التى تحدد الشروط الواجب توافرها فى الأفراد حتى ينتموا الى دولة معينة، وهذا ما يعبر عنه عادة بقانون الجنسية.

ويلاحظ أن القانون الدستورى بالتحديد المتقدم يتسع حتى يندمج فيه القانون الادارى والقانون المالى والنظام القضائى . الا أن العادة قد جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستورى ويختص كل فرع منها بأبحاث خاصة مستقلة تسهيلا للدرس .

المبحث الثانى

القانون الادارى والقانون المالى

١٤٢ — مسائل القانون الادارى والقانون المالى

يتناول القانون الادارى تنظيم السلطة التنفيذية كما قدمنا . ومن الممكن أن ننظر الى السلطة التنفيذية نظرتين : النظرة الأولى نظرة الى شىء ثابت لا يتحرك ، فيحلل الى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) والنظرة الثانية نظرة الى شىء يتحرك ويعمل ، فتبين الوسائل التى يتذرع بها فى العمل le point de vue dynamique وبحسب النظرة الأولى ، تحدد الهيئات الادارية ، وهى الدولة فى القمة ، ويليها الهيئات الاقليمية ، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات العامة . وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها ، ومرافق عامة تتولى ادارتها . ثم هناك طريقتان للادارة ؛ طريق المركزية centralisation ، وبمقتضاه تتركز الادارة فى يد الدولة ، ولا تعطى للهيئات الاقليمية ولا للمجالس البلدية الا قسط ضئيل من الاستقلال الذاتى ، وطريق اللامركزية decentralisation وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الادارة المحلية للهيئات الاقليمية والمجالس البلدية ، فتتمتع هذه بقسط كبير من الذاتية الادارية .

الهيئات الادارية

وظائفها

وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الادارة من طريق موظفيها ؛ وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال ادارية ، وتستعين الدولة فى القيام بواجباتها بالأموال العامة . فهناك مسائل ثلاث :

الموظفون

(١) الموظفون ، والقواعد التى تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة مدنية أو قانونية ، وكيف يعينون وكيف يقالون ويستقيلون ، وكيف يحاكمون ، وما هى مسئوليتهم تجاه الدولة ، ومسئوليتهم تجاه الأفراد ، ومسئولية الدولة عنهم تجاه الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة بالوظائف وبالموظفين . (٢) الأعمال الادارية ، وما هى طبيعة هذه الأعمال ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، وما هى ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشؤون المتعلقة بالأعمال الادارية . (٣) الأملاك العامة وكيف تحدد ، وما هى مميزاتها ، ولأى نظام قانونى تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما الى ذلك من النظم التى تتبع فى الأملاك العامة .

الاعمال الادارية

الاملاك العامة

الضرائب

أجور الخدمات

غلة الاموال الخاصة

القروض

المصاريف

هذه هى مسائل القانون الادارى . أما مسائل القانون المالى فيمكن حصرها فى ميزانية الدولة وهذه تنقسم الى دخل وخرج . والدخل له موارد متنوعة ؛ أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما تتقاضاه الدولة أجرا عن خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التى تتملكها تملك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض اذا لجأت لها الدولة لسد عجز فى ميزانيتها أو لاستغلال مرفق من المرافق العامة التى تقوم بادارتها . وأهم هذه المرافق الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية .

المبحث الثالث

قانون العقوبات

وقانون تحقيق الجنايات

١٤٣ — مسائل قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات

قدمنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الأعمال المنهى عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذى يوقع على من يأتى هذه الأعمال .

المسئولية الجنائية

فهو أولا يحدد قواعد المسئولية الجنائية ، ويبين أركان الجريمة ، ثم يتنـاول الجرائم واحدة بعـد أخرى طبقا لتقسيم منطقى يتوخاه ، فيحدد أركان كل جريمة ، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة . وهو ثانيا يحدد عقوبة لـكل جريمة وهى فى الغالب عقوبة ذات حدين ؛ حد أعلى لا يجاوزه القاضى ، وحد أدنى لا ينزل عنه .

الجريمة

العقوبة

جرائم تقع على الدولة

والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمن الحـكومة الداخلى أو الخارجى ، وجـرائم التمرد والعصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزييف المسكوكات . وجرائم تقع على الأفراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، منها الجرائم التى تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التى تقع على المـال ؛ كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة . والجرائم التى تقع على العرض ؛ كالوقاع وهتك العرض والزنا والتحريض على الفسق والفجور والقذف والسب .

جرائم تقع على الأفراد

التحقيق

أما قانون تحقيق الجنايات فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هى

المحاكمة

السلطة التى تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تفتش منزله ، ومتى تحبسه حبسا احتياطيا ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت أدلة الادانة . ثم اذا أحيل المتهم الى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هى القواعد التى تخضع لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هى اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التى تخضع لها ، وما هى الاجراءات التى تتبع فى المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال المتهم واستحضار الخبراء والانتقال الى محل الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك وسماع أقوال النيابة وأقوال الدفاع . ثم اذا صدر الحكم بادانة المتهم ، فما هى طرق الطعن فى هذ الحكم ، من معارضة واستئناف ونقض . ثم اذا أصبح الحكم نهائيا ، فكيف ينفذ . هذه هى المسائل التى يتناولها قانون تحقيق الجنايات ذكرناها اجمالا .

الحكم

التنفيذ

الفرع الثانى

القانون الخاص

١٤٤ — أقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتى :

القانون المدنى

(١) القانون المدنى (droit civil) ، وهو أساس القانون الخاص ، واليه ترجع أحكام هـذا القانون بوجه عام . ويقوم بتنظيم الروابط الخاصة ما بين الأفراد بعضها بالبعض الآخر فى المجتمع .

القانون التجارى

(٢) القانون التجارى (droit commercial) ويتخصص فى جانب من الحياة المدنية هى الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة

والتجار فى نشاطهم التجارى .

القانون البحرى

القانون البحرى (droit maritime) ، ويتخصص فى جانب من الحياة التجارية ، هى التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة فى البحار . ومن ذلك نرى أن القانون التجارى جزء من القانون المدنى ، والقانون البحرى جزء من القانون التجارى .

قانون المرافعات

(٤) قانون المرافعات المدنية والتجارية (droit de procedure civile et commerciale) وينظم الاجراءات التى يجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

المبحث الاول

القانون المدنى

١٤٥ — تمهيد :

نقف قليلا عند القانون المدنى ، فهو أساس القانون الخاص كما قدمنا . فنقول كلمة فى تقسيماته ومسائله .

المطلب الاول

موضوعات القانون المدنى

١٤٦ — تقسيم القانون المدنى الى قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات :

القانون المدنى ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : (أولا) باعتباره عضواً فى أسرة ، فتنظيم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى

دائرة قانون الأحوال الشخصية . (ثانياً) باعتباره عضواً فى المجتمع من حيث نشاطه المالى ، وتنظيم الروابط التى تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل فى دائرة قانون المعاملات . ونتناول كلا من الدائرتين ببحث وجيز .

١ — قانون الأحوال الشخصية

١٤٧ — تحديد دائرة الأحوال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الأحوال الشخصية بأنها الدائرة التى تشتمل على شيئين (أولا) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية (ثانياً) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

١٤٨ — تحديد الشخصية :

تتولد للفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً .

أهلية الوجوب

فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، اذ يرث ويوصى له ويوقف عليه ، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فاذا ما ولد كملت عنده أهلية الوجوب ، ويصبح أهلا للتمتع بكل الحقوق . ولكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحور الذى ترتكز عليه أهلية الأداء . ويبقى الطفل معدوم أهلية الأداء حتى يصل الى سن التمييز ، فتتوافر عنده أهلية اداء ناقصة ، ويستطيع أن يستعمل حقوقه فيما ينفعه نفعاً محضاً ، ولا يستطيع أن يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيما هو دائر بين النفع والضرر . فاذا ما وصل الى سن الرشد كملت عنده أهلية الأداء ، واستطاع أن يستعمل كل حقوقه . الا اذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون والعته والغفلة والسفه ،

أهلية الاداء

فيحجر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقوامة . كل هذه مسائل تدخل فى دائرة الأحوال الشخصية [١] .

١٤٩ — روابط الفرد بالأسرة :

النسب

وتشمل دائرة الأحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . والفرد منذ يولد ينتمى الى أسرة معينة . وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البنوة الشرعية . فاذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالانفاق عليه . وللولد حقوق فى الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فعقد الزواج وما يتجمع حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات فى جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وفرق النكاح من طلاق وخلع وفسخ ، وما يستتبع ذلك من عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة) ، كل هذا ، الى جانب النسب ونفقة الأقارب والرضاع والحضانة ، يدخل فى دائرة الأحوال الشخصية .

الرضا والحضانة والنفقة

الزواج

الميراث والوصية والهبة والوقف

ويدخل فى دائرة الأحوال الشخصية أيضاً الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة ، وكذلك الوقف، هذه هى أمهات مسائل الأحوال

---

(١) كل ما قدمناه يدور حول الشخصية الطبيعية . وتوجد الشخصية المعنوية أو القانونية (personnalité juridique) الى جانب الشخصية الطبيعية . فيعطى القانون لمجموعة من الأفراد ، أو مجموعة من المال ، الشخصية المعنوية ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها أن تعيش من الناحية القانونية عيشة الشخص الطبيعى ، فتتملك ، وتتعاقد ، وتتقاضى الخ الخ . .

الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً .

ب — قانون المعاملات

١٥٠ — سلطة الشخص على المال :

ويمكن أن نركز قانون المعاملات فى سلطة الشخص على المال .

تقسيم المال

فيجب أولا تعريف المال ، ثم تقسيمه الى أقسام متنوعة ، عقار ومنقول ، مثلى وقيمى ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادى ومعنوى ، ملك ووقف ومباح وعام الخ الخ . . .

الحق العينى والحق الشخصى

ثم ان الشخص يتسلط على المال اما بطريق مباشر ، بأن يخول له القانون سلطة معينة على شىء معين ، وهذا هو الحق العينى (droit réel)، أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا قيمة مالية له فى ذمة شخص آخر ، وهذا هو الحق الشخصى (droit personnel) .

فقانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسين : قسم الحقوق العينية وقسم الحقوق الشخصية .

وسنعرض لكل من هذين القسمين فى شىء من التفصيل فى مدخل القانون المدنى .

المبحث الثانى

القانون التجارى والقانون البحرى

١٥١ — مسائل القانون التجارى والقانون البحرى :

القانون التجارى

قدمنا أن القانون التجارى يتخصص من الحياة المدنية فى ناحية التجارة . فيضع القواعد التى تنظم حياة التاجر فى نشاطه التجارى ، من

دفاتر وسجلات وأعمال تجارية ، وشركات على مختلف أنواعها ، ونقل تجارى ، وسمسرة وعمولة ، وأوراق تجارية (كمبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات) وينتهى القانون التجارى بفصل ينظم الافلاس .

القانون البحرى.

والقانون البحرى يتخصص من التجارة فى ناحية التجارة البحرية . ويتركز فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والعقود التى تكون محلا لها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع ، والخسارات البحرية الخ الخ .

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

١٥٢ — مسائل قانون المرافعات :

تشكيل المحاكم

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاجراءات الواجب اتباعها فى تطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

الاستدعاء

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولا الاعلان (عريضة الدعوى) يوجهه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان فى اليوم المحدد لنظر الدعوى .

طرق الاثبات

ويطالب المدعى باثبات دعواه ، وطرق الاثبات مختلفة ، منها الكتابة والبينة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . كالاجراءات التى تتبع فى تحقيق الكتابة والطعن بالتزوير فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين

الخبراء والانتقال الى محل النزاع ، كل هذا يدخل فى دائرة قانون المرافعات . وقد يدفع المدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يعترى الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه الأشياء ينظمها قانون المرافعات

الحكم وطرق الطعن فيه

ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن فى الحكم من معارضة واستئناف ونقض وغير ذلك يدخل أيضا فى دائرة قانون المرافعات . ويدخل أخيرا فى هذه الدائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على المنقول أو على العقار .

التنفيذ

انتهى مقدمة القانون

وسيأتى الجزء الثانى

من مقدمة القانون المدنى

مقدمة

القانون المدنى

مقدمة

تعريف القانون المدنى — تقسيماته الرئيسية

١ — تعريف القانون المدنى :

قدمنا أن القانون المدنى هو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية ما بين الأفراد بعضهم بالبعض الآخر ، دون نظر الى حرفة خاصة ، أو الى طائفة معينة .

فالقانون المدنى هو على رأس فروع القانون الخاص ، وهو الأساس الذى تقوم عليه هذه الفروع . وهى فروع تنظم حرفة خاصة ، كالقانون التجارى ينظم حرفة التجارة ، أو طائفة معينة من الناس ، كقانون العمل ينظم طائفة العمال وعلاقاتهم بطائفة المخدومين . أما القانون المدنى فيرتفع عن هذه الخصوصيات ، وينظر الى جميع الأفراد بوجه عام ، فينظم علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر .

٢ — التقسيمات الرئيسية للقانون المدنى :

الاحوال الشخصية

ينظر القانون المدنى الى الفرد باعتباره شخصا يتمتع بالحقوق وتترتب فى ذمته الواجبات ، فيحدد الشخصية مبدأ ونهاية ، ويقرر للشخص أهليته (capacité) وحالته (état) أى مركزه فى أسرته ، وينظم روابطه بأسرته وفقا لهذه الحالة . وهذا ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية .

المعاملات المالية

ثم ينظر الى الفرد من حيث سلطته على المال ، وعلاقته بالأفراد بالنسبة لهذا المال ، فتارة تكون له سلطة مباشرة على المال ، وهذا ما يسمى بالحق العينى (droit réel) وطورا تكون له سلطة غير مباشرة فيصل الى المال

من طريق شخص معين هو المدين ، وهـذا ما يسمى بالحق الشخصى (droit de créance) . فالقـانون الذى يحـدد الحقوق العينية وطرق كسبها ، و يعرف الحقوق الشخصـية ومصـادرها وأحكامها ، هو قانون المعاملات المالية .

ومن ذلك نرى أن القـانون المدنى ينقسم الى قسمين رئيسيين : قانون الأحوال الشخصية ، وقانون المعاملات المالية .

ونعالج فيما يلى هذين القسمين على التوالى .

القسم الأول

الأحوال الشخصية

٣ — مسائل الأحوال الشخصية :

سبق أن قررنا أن نطاق الأحوال الشخصية يتناول الشخصـية فيحددها ، ثم الأسرة فيبين روابط الشخص بأسرته ، سواء كانت هذه الروابط شخصية أو مالية .

الشخصية : طبيعية ومعنوية

فقانون الأحوال الشخصية ينقسم الى قسمين رئيسيين : الشخصية والأسرة . والشخصية اما أن تكون شخصية طبيعية ، أو شخصية معنوية .

روابط الاسرة شخصية ومالية

وروابط الأسرة اما أن تكون روابط شخصـية ، وتشمل النسب والزواج ، واما أن تكون روابط مالية ، وتشمل النفقة والميراث والوصية والهبة والوقف .

ونتناول ، فى بابين متعاقبين ، الكلام فى الشخصية وفى الاسرة .

الباب الأول

الشخصية

Personnalité

٤ — الشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية :

الأصل فى الشخص أن يكون انسانا ، وهذا هو الشخص الطبيعي (personne physique) وقد تتجمع طائفة من الناس أو مجموعة من المال فتعتبر شخصا ، وهذا هو الشخص المعنوى (personne morale ou juridique) .

الفصل الأول

الشخص الطبيعى

٥ — تحرير « الشخص » من الناحية القانونية :

الشخص ، من الناحية القانونية ، هو الكائن الذى يتمتع بالحقوق وتترتب فى ذمته الواجبات .

ومن ذلك نرى أن « الشخص » و « الانسان » ليسا مترادفين .

ليس كل شخص انسانا

فليس كل شخص انسانا . وقد رأينا أن طائفة من الناس ، بل مجموعة من المال ، قد تعتبر شخصا .

ليس كل انسان شخصا

ولم يكن كل انسان شخصا . فقد كان الرقيق ، وهو انسان ، يعتبر شيئا لا شخصا . وكذلك تنكر الشخصية على بعض الناس ، فى الشرائع التى تعترف بالرهبنة وبالموت المدنى . فالراهب يتجرد عن الشخصية ، ويفنى فى نظر القانون ، فيخرج عن ماله وأهليته . وكذلك المحكوم

عليه بالموت المدنى ، وقد كانت هـذه العقوبة مقررة فى القـانون الفرنسى حتى سنة ١٨٥٤ . فالمحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغـال الشاقة المؤبدة أو بالنفى يموت موتا مـدنيا ، فلا يعود أهلا للتمتع بالحقوق أو للالتزام بالواجبات .

٦ — اهلية الوجوب واهلية الاداء :

أهلية الوجوب

وقابلية الانسان للتمتع بالحقوق وللالتزام بالواجبات هى ما يسمونه بأهليـة الوجوب (capacité de joissance) . وقد رأينا أن هـذه هى الشخصية من ناحية القانون . فأهلية الوجوب والشخصية القانونية شىء واحد فى نظرنا .

أهلية الاداء

أما أهلية الأداء (capacité d'exercice) فهى المقدرة على استعمال الحقوق .

وكان الأولى أن نميز تمييزا تاما بين أهليـة الوجوب ، فلا نسميها أهليـة على الاطلاق ، وبين أهلية الأداء ، وهـذه هى الأهلية بالمعنى الصحيح .

ونتكلم فى أهلية الوجوب أو الشخصية من ناحية القـانون ، ثم فى أهلية الأداء .

المبحث الاول

الشخصية من ناحية القانون

(او اهلية الوجوب)

٧ — المسائل التى يتناولها البحث :

نبحث أولا متى تبدأ الشخصية ومتى تنتهى .

ثم نبحث بعد ذلك ما يتعلق بالشخص من اسم (nom) وأسرة

زوجها ، وتفقد هذا الاسم اذا طلقت ، ولكنها تحتفظ به اذا ترملت . أما في الشرق فلا تزال الزوجة تحتفظ باسمها .

الحق في الاسم

وحق الانسان في اسمه ، كحقه في شخصيته ، ليس حقا ماليا ، وحق ملكية ، كما ذهب الى ذلك القضاء الفرنسي . بل هو حق من الحقوق العامة التي يتمتع بها الشخص كحقه في الحرية الشخصية وحقه في حرية الدين والفكر والاجتماع . وهو بهذا الوصف غير قابل للسقوط بالتقادم ، فلو ترك الشخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . وهو بهذا الوصف أيضا غير قابل للتنازل عنه ، ولا يجوز تغييره بمحض الارادة أما اذا وقع خطأ في الاسم فتصحيح هذا الخطأ يقتضي عادة رفع دعوى بذلك . وهو بهذا الوصف أيضا يحميه القانون كما يحمي الشخصية ، فمن اعتدى على اسم شخص أو على شخصيته فاستعار ذلك لنفسه كان مسئولا ، وجاز للمعتدى عليه أن يطلب كف الاعتداء وأن يطلب تعويضا عن الضرر الذي أصابه ولو كان ضررا أدبيا .

الاسم التجاري

أما اذا كان الاسم اسما تجاريا (Nom commercial) يعرف به متجر معين ، أو بضاعة معينة ، فانه يصبح حقا ماليا كحق الملكية ، ويجوز التصرف فيه والتنازل عنه وتملكه بالتقادم .

١١ — الأسرة :

كما يتميز الشخص باسمه تميزا ضيقا ، يتميز كذلك بأسرته تميزا واسعا ، ثم يتميز بجنسيته تميزا أوسع . والأسرة التي ينتمي اليها الشخص تتكون من طائفة من الأشخاص تربطه بهم رابطة النسب أو رابطة المصاهرة.

رابطة النسب

فرابطة النسب هي رابطة الدم . وأقارب الشخص من طريق النسب على نوعين : (١) الأصول والفروع ، وهم أبوه وجده وان علا (وكذلك

الأم والجدة) ، وابنه وابن ابنه وان نزل (وكذلك البنت و بنت البنت)
(٢) الحواشى و يشتركون مع الشخص فى أصل مشترك . فالأخ من حواشى الأخ ، وأصلهما المشترك الأب . وابن الأخ من حواشى العم وأصلهما المشترك الجد ، وكذلك ابن العم بالنسبة لابن العم . وتحسب درجة النسب ، وفقا لتقاليد القانون الرومانى ، وطبقا للقانون الفرنسى ، باحتساب ما يفصل الشخص من الشخص من طبقات . فإن كان من الأصول أو الفروع فالأمر هين ، و يكفى أن نصعد من الفرع لأصله أو ننزل من الأصل لفرعه طبقة طبقة . فالابن فى الدرجة الأولى من الأب وفى الدرجة الثانية من الجد الأول وفى الدرجة الثالثة من الجد الثانى وهكذا . وكذلك الأب فى الدرجة الأولى من الابن وفى الدرجة الثانية من ابن الابن وفى الدرجة الثالثة من ابن ابن الابن وهكذا . أما اذا كان من الحواشى فطريقة احتساب الدرجة أن نجمع الطبقات التى تفصل كل شخص عن الأصل المشترك . فالأخ فى الدرجة الثانية من أخيه ، اذ تفصله عن الأب (وهو الأصل المشترك) طبقة ، و يفصل أخاه عن هذا الأصل المشترك طبقة كذلك ، فالمجموع طبقتان ، فيكون أحدهما بالنسبة للآخر فى الدرجة الثانية . وابن الأخ فى الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه ، وابن العم فى الدرجة الرابعة بالنسبة لابن عمه ، وهكذا .

رابطة المصاهرة

ورابطة المصاهرة تنشأ من الزواج . فالزوج صهر لأقارب الزوجة ، والزوجة صهر لأقارب الزوج .

القرابة الطبيعية والتبنى

وتعرف بعض الشرائع الغربية نوعين آخرين من روابط الأسرة ، رابطة القرابة الطبيعية (parenté naturelle) ، وتنشأ من اتصال الرجل بالمرأة فى غير زواج شرعى ، ورابطة التبنى (adoption) وهى رابطة مصطنعة

تنشأ باتفاق بين المتبنى والمتبنى و يترتب عليها بعض آثار البنوة .

الآثار القانونية للقرابة

وروابط الشخص بأسرته يترتب عليها آثار قانونية هامة ، بعضها شخصى محض كواجب التربية للابن على أبيه وواجب الطاعة للزوج على زوجته ، و بعضها مالى ، كالميراث والنفقة . وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

١٢ — الموطن :

أهمية الموطن

لكل شخص موطن (domicile) يستقر فيه . وكثيرا ما تقضى العلاقات القانونية أن تحدد موطن الشخص . ففى القانون المدنى توجد قواعد تحيل على الموطن ، مثل ذلك القاعدة التى تقضى بأن الوفاء يكون فى موطن المدين . وكذلك قانون المرافعات ، وهو يقضى بأن الدعاوى الشخصية ترفع أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موطن المدعى عليه . والقانون الدستورى يجعل للوطن هو الدائرة التى يستعمل الانسان فيها حقوقه السياسية .

تحديد الموطن

وهناك طريقتان لتحديد الموطن : (١) فهو اما أن يحدد بأنه محل الاقامة المستقر . وبهذا التحديد أخذ القانون المصرى ، فهو يعرف الموطن بأنه « المركز الشرعى المنسوب للانسان ، الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام ، وان لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » (٢) وأما أن يحدد بأنه محل العمل الرئيسى . وقد جرى القانون الفرنسى على هذا الرأى . ومهما يكن من أمر ، فأنه يجب التمييز بين الموطن (domicile) ومحل الوجود (résidence) ، فالموطن هو الجهة التى يستقر فيها الشخص مقاما أو عملا ، ولو لم يوجد بها بالفعل فى وقت من الأوقات

تعدد الموطن

ومحل الوجود هو الجهة التى يوجد فيها الشخص فعلا فى وقت من الأوقات

على غير استقرار . وسواء حدد الموطن بأنه محل الاقامة المستقر أو محل العمل الرئيسى ، فأنه يجوز عقلا أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ، بأن يستقر الشخص فى أكثر من محل واحد ، كما لو كان يقيم فى جهتين بقدر واحد ، أو بأن يكون له محلان للعمل كلاهما رئيسى . وقد أخذ القانون الألمانى بجواز تعدد الموطن . أما القانونان المصرى والفرنسى فالظاهر أنهما يأخذان بوصف الموطن ، وان كان العمل قد جرى على الاعتراف بتعدد الموطن ، كما فى حالة الطلبة والجند وشركات السكك الحديدية والمزارعين المقيمين فى المدن . ويجوز للشخص كذلك أن يغير موطنه ، بأن يستقر فى جهة أخرى أو بأن ينقل محل عمله الرئيسى .

تغير الموطن.

أنواع الموطن.

وهناك ما يسمى بالموطن القانونى ، وهو موطن يقوم القانون بتحديده مثل ذلك أن يعتبر موطن القاصر هو موطن وليه أو وصيه . ويوجد أيضا الموطن السياسى وهو الجهة التى يباشر فيها الشخص حقوقه السياسية فى الانتخابات والترشيح ونحو ذلك . ويوجد أخيرا الموطن المختار ، وهو موطن يختاره الشخص غير موطنه الحقيقى ، ليجرى فيه بعض أعمال قضائية ، كما لو اتفق مع آخر على أن تكون الاعلانات بينهما فى موطن معين ، وكما اذا عين أحد المتقاضين مكانا يعلن فيه فى دائرة المحكمة المرفوع أمامها القضية .

١٣ — الجنسية :

تحديد الجنسية.

وينتسب الشخص كذلك الى جنسية معينة . وتتحدد الجنسية أما بطريق النسب (jus sanguinis) ، فابن المصرى مصرى ، واما بطريق محل الميلاد (jus soli) ، فالمولود فى أرض انجليزية انجليزى . وكثيرا ما تتفق الطريقتان ، فيعتد بالنسب وبمحل الميلاد معا .

التجنس وقد يكسب الشخص الجنسية من طريق التجنس (naturalisation) وفقا لشروط تضعها كل دولة لكسب جنسيتها .

١٤ — حالة الشخص (Etat de la personne) :

الاسرة ويتبين مما تقدم أن حالة الشخص تختلف باختلاف مركزه فى الأسرة وفى الجنسية . فالقواعد التى تحدد مركز الشخص فى أسرته (كالزواج والاعتراف بالبنوة والتبنى والطلاق الخ) ، والتى تحدد حقوق الشخص وواجباته باعتباره ذا مركز معين فى الأسرة (كحقوق الأب على

الجنسية ابنه وواجبه نحوه ، وحقوق الزوجين وواجباتهما) ، والقواعد التى تحدد كسب الجنسية أو فقدها ، والتى تحدد حقوق المواطن والأجنبى (لا سيما

الدين فى بلد توجد فيها الامتيازات الأجنبية) ، هذه القواعد جميعا هى التى تحدد الحالة الشخصية (état) يضاف الى ذلك أن الدين فى بلاد الشرق له كذلك أثر كبير فى الحالة الشخصية ، ففى مصر مثلا يتوقف على الدين معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثانى

أهلية الاداء

١٥ — المسائل التى يتناولها البحث :

نذكر أولا كلمة موجزة فى النظرية العامة لأهلية الأداء . ثم نشير بعد ذلك الى أحكام الأهلية فى الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسبية .

§ ١ — النظرية العامة لأهلية الأداء

١٦ — تعريف أهلية الاداء وتمييزها عما يشتبه بها :

التعريف أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على

وجه يعتد به شرعا .

أهلية الالتزام بغير العمل القانونى

وتخصص الأهلية هنا بأهلية الالتزام بالعمل القانونى . وندع جانبا أهلية الالتزام بغير العمل القانونى . كأهلية الالتزام بالخطأ فى المسئولية التقصيرية ، وأهلية الالتزام من طريق الأثراء بلا سبب .

الاهلية والولاية على المال

ويجب التميز بين الأهلية والولاية على المال . فالأولى هى ما عرفنا . أما الولاية على المال فهى نفوذ الأعمال القانونية التى تصدر من شخص على مال الغير ، وهى نوع من النيابة . مثل ذلك الولى والوصى والقيم ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجوز . فلا يقال أن الولى له أهلية التصرف فى مال الصغير ، أو أن القيم له أهلية الادارة فى مال المحجور عليه ، بل يقال أن الولى له ولاية التصرف فى مال الصغير ، والقيم له ولاية ادارة مال المحجور . فالولاية صلاحية بالنسبة لمال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه .

الاهلية وعدم قابلية المال للتصرف

كذلك يجب التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف فى ماله ، وذلك يرجع لعدم أهليته . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، وذلك يرجع لا لعدم أهلية الواقف ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف . وأهمية التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف أن الشخص اذا تصرف وهو غير أهل فقد يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا حسب الأحوال أما اذا تصرف فى مال غير قابل للتصرف كالوقف فتصرفه باطل بطلانا مطلقا فى كل الأحوال .

الاهلية والمنع من التصرف

ويجب التمييز أخيرا بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ثابتة للغير ، كما اذا باع النائب

فى الشراء ماله للأصيل وقد روعى فى ذلك مصلحة الأصيل . وكما اذا باع شخص ماله فى مرض الموت ، وقد روعى فى ذلك مصلحة الورثة . فاذا زال المانع من التصرف ، كما اذا أجاز الأصيل فى الحالة الأولى ، أو أجازت الورثة أو لم يوجد وارث فى الحالة الثانية . وقد تكون المصلحة المانعة من التصرف مصلحة عامة ، كتحريم القانون شراء الحقوق المتنازع فيها على عمال القضاء ، وهذا المانع لا يزول مادامت المصلحة العامة تقتضيه أما عدم الأهلية للتصرف ، فبخلاف المنع من التصرف ، انما يثبت لمصلحة عديم الأهلية نفسه ، لا لمصلحة الغير ، ولا لمصلحة عامة غير ما تتطلبه المصلحة العامة من حماية عديم الأهلية .

الاهلية ترتكز على التميز

ويتبين مما تقدم أن أهلية الأداء ترجع لاعتبار فى الشخص نفسه فيما يتعلق بالتصرف فى ماله . وليس هذا الاعتبار سوى القدرة على التمييز فالأهلية انما ترتكز على التمييز . لذلك تكون كاملة اذا كان التمييز كاملا وقاصرة اذا كان التمييز قاصرا ، ومعدومة اذا كان التمييز معدوما .

١٧ — أهلية الاداء الكاملة والقاصرة المعدومة :

الأهلية الكاملة

أهلية الأداء الكاملة هى صلاحية الشخص لصدور جميع الأعمال القانونية عنه . واذا اقتصرنا من الأعمال القانونية على العقود ، فهذه يمكن تقسيمها ، من حيث أهلية الأداء ، الى أربعة أقسام : (١) عقود اغتناء ، وهى عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضا لذلك ، كالهبة بالنسبة للموهوب له . (٢) عقود ادارة ، وهى عقود ترد على الشىء لاستغلاله ، كعقد الايجار بالنسبة للمؤجر . (٣) عقود تصرف ، وترد على الشىء المتصرف فيه بعوض ، كالبيع . (٤) عقود تبرع ، وترد على شىء المتصرف فيه بغير عوض ، كالهبة بالنسبة للواهب . فمن كان كامل أهلية الأداء

وجب أن يكون صالحا لمباشرة هذه الأنواع الأربعة من العقود ، فتجتمع فيه أهلية الاغتناء ، وأهلية الادارة ، وأهلية التصرف ، وأهلية التبرع . وهذا لا يجتمع الا لكامل التمييز .

الأهلية القاصرة

وأهلية الأداء القاصرة هى أهلية الشخص لصدور بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر . فالصبي المميز القاصر فى تمييزه أهلية قاصرة ، اذ هو أهل للاغتناء ، وقد تكون له أهلية ادارة محدودة ، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة الا فى ظروف معينة ، وأهلية التبرع معدومة بتاتا .

الأهلية المعدومة

وقد تكون أهلية الأداء معدومة . فالصبي غير المميز (أى عديم التمييز) لا يتوافر فيه أى نوع من أنواع أهلية الأداء ، فهو غير أهل لا للتبرع ولا للتصرف ولا للادارة ولا للاغتناء ، وكل عمل قانونى يصدر منه يكون باطلا .

§ ٢ — أحكام الأهلية فى الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسبية

١٨ — الأدوار الطبيعية فى حياة الانسان :

يقسم علماء أصول الفقه الأدوار الطبيعية التى يمر بها الانسان فى حياته الى أربعة أدوار : (١) قبل أن يولد وهو جنين (٢) من وقت ولادته الى سن التمييز (٣) من سن التمييز الى سن البلوغ (٤) من سن البلوغ الى سن الموت .

الجنين

أما الجنين فليست له أهلية الأداء . وقد قدمنا أنه قد تكون له أهلية وجوب من بعض الوجوه .

الصبي غير المميز

وكذلك الصبي غير المميز معدوم أهلية الأداء . وله ولى أو وصى .

فالولى هو الأب ثم الجد الصحيح . فان لم يوجد أحد منهما فوصى . والولى أو الوصى يباشر عن الصغير أهليــة الاغتناء مطلقا وأهلية الادارة وأهليــة التصرف فى حدود معينة . أما أهلية التبرع فلا يباشرها أحد . وكل هذا يكون برقابة المجلس الحسبى .

الصبي المميز

والصبي المميز — وسن التمييز هى السابعة — له أهلية أداء ناقصة . فله أن يباشر ما كان نافعا له نفعا محضا ، أى أن له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة . وليس له أن يباشر ما كان ضارا به ضررا محضا ، أى ليست له أهليــة التبرع ، فلا يستطيع أن يهب ماله . أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وتتضمن أهليــة الادارة وأهلية التصرف ، فلا أهليــة له فيها ، ويباشرها عنه الولى أو الوصى ، فى الحدود التى سبقت الاشارة اليها فى حالة الصبي غير المميز . على أنه متى بلغ القاصر ثمـانى عشرة سنة ، ولم يمنع من التصرف ، جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه .

البالغ الرشيد

والبالغ الرشـيد — وسن الرشد احدى وعشرون سـنة — يصبح كامل أهلية الأداء فله أهلية الاغتناء وأهلية الادارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه .

١٩ — عوارض الأهلية :

قد يبلغ الانسان سن الرشد ، ولكن أهلية الأداء عنده تتأثر بعـد ذلك بعارض يرجع الى العقل ، وهو الجنون أو العته ، أو يرجع الى التدبير ، وهو السفه أو الغفلة . فيحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة وينصب قوام عليهم .

المجنون

فالمجنون يحجر عليه المجلس الحسبى ، ويختار له قيما ، ما لم يكن له ولى

لأب أو جد صحيح . وأهلية الأداء عند المجنون معدومة ، كالصبي غير المميز . وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر وحده من الأعمال ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المجلس الحسبي في الأعمال التي يستأذن فيها الوصي ، ولايستطيع مباشرة الأعمال التي لايستطيع مباشرتها الوصي . وكذلك الولي على المجنون مثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

المعتوه

والمعتوه يحجر عليه كذلك ، ويختار له قيم ، اذا لم يكن له ولي . والقيم والولي على المعتوه كالقيم نفسه على المجنون من حيث مدى الولاية . أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز ، فتنعدم عنده أهلية الأداء ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون . وقد يكون مميزا ، فتكون عنده أهلية أداء ناقصة ، هي أهلية الصبي المميز ، وقد سبق تحديدها .

السفيه

ويحجر على السفيه ، ويختار له قيم . وولاية القيم على السفيه كولاية القيم على المجنون والمعتوه . أما السفيه فعنده أهليـة أداء ناقصة ، اذ أن له أهلية الاغتناء . أما أهلية الادارة والتصرف والتبرع فمعدومة .

ذو الغفلة

ويلحق بالسفيه ذو الغفلة ، فيحجر عليه ، ويختار له قيم تكون له ولاية القيم على السفيه . وأهليـة الأداء عند ذي الغفلة كأهليـة الأداء عند السفيه .

الفصل الثاني

الشخص المعنوى

٢٠ — المسائل التي يتناولها البحث :

نبـدأ بتقديم فكرة عامة عن الشخص المعنوى ، فنتكلم في ماهيته

وفى أقسامه . ثم نبحث نظام الشخص المعنوى : كيف يولد وكيف يعيش وكيف يموت .

المبحث الاول

ماهية الشخص المعنوى وأقسامه

§ ١ — ماهية الشخص المعنوى

٢١ — فكرة التشخيص المعنوى وفوائدها :

منذ وجد المجتمع والناس تدرك فوائد تجميع ضروب النشاط الفردى وأول جماعة هى الدولة ثم وجدت جماعات أخرى تتألف وتسعى الى تحقيق أغراض مشتركة . فنشاط الجماعة ضرورة من ضرورات تطور المدنية وقد وجد فى كل عصر . وهو يحل محل نشاط الفرد ، ليسد فيه نقصين كبيرين . فنشاط الفرد محدود فى قوته ، ومحدود فى مدته . أما نشاط الجماعة فيضم قوى الأفراد من كفاية ومال ويجعلها متضامنة . وهو الى ذلك غير محدود بعمر من الأعمار ، ولا يسرع اليه الفناء ، كما يسرع الى حياة الفرد .

التضامن والبقاء

فالتضامن ما بين الجهود والقوى والبقاء المستقر هما من أبرز مزايا نشاط الجماعات الذى يقوم على فكرة التشخيص المعنوى .

وقد تمكنت الانسانية ، بفضل هذا التشخيص المعنوى لنشاط الجماعات ، من تحقيق كثير من أعمال البر والدين والعلم والفن والاقتصاد والتجارة ، فوجدت الجماعات الخيرية والدينية والعلمية والفنية والاقتصادية والتجارية ، وكسبت بفضل الشخصية المعنوية حياة قانونية مستقرة ، تمكنت بها من تحقيق أغراضها .

الشخص المعنوى والنشاط القانونى

ذلك لأن نشاط الجماعة لا يكون منظما تنظيما مستقرا الا من طريق ادماج الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة فى شخصية واحدة ، تقوم بنشاطها القانونى كما يقوم الفرد ، فتكسب الحقوق ، وتترتب فى ذمتها الالتزامات ، وتتعاقد ، وتتقاضى ، الى غير ذلك من مظاهر النشاط القانونى . وهذا ما نعبر عنه بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

بل أن الشخصية المعنوية قد تقوم ، لا على جماعة من الناس بل على غرض من الأغراض يراد تحقيقه ، عمل من أعمال البر أو التعليم أو الفن أو غير ذلك يرصد له مال يكفل القيام به . فالشخصية المعنوية أساسها هنا هذا الغرض المقصود وهذا المال المرصود ، دون نظر الى الجماعات المتغيرة التى تتولى تحقيق هذا الغرض باستعمال هذا المال . وهذا ما يسمى بالمنشآت أو المؤسسات (Etablissements; Fondations).

وفى الشريعة الاسلامية يقوم نظام الوقف بتحقيق بعض ما يحققه نظام الشخص المعنوى . الا أن الوقف نظام جامد لا يتسع لكل ما تتسع له فكرة الشخصية المعنوية .

٢٢ — النظريات المختلفة فى ماهية الشخص المعنوى :

نظرية الفرض القانونى

جرى فقهاء الرومان ، ومن بعدهم الفقهاء الفرنسيون الى عهد قريب ، على اعتبار الشخصية المعنوية فرضا قانونيا (fiction légale) لا حقيقة واقعة . ويستندون فى ذلك الى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة الا اذا كان قادرا على التفكير والارادة ، وهذا هو شأن الشخص الطبيعى ، فالقانون لا يخلق شخصيته بل يقتصر على الاعتراف بها . أما الشخص المعنوى ، وهو غير قادر على التفكير والارادة ، فالقانون يخلق شخصيته خلقا ، ويخلعها عليه فرضا لا حقيقة ، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة

قانونية تشتمل على مظاهر النشاط القانونى . ويرتب أنصار هذه النظرية على أن الشخص المعنوى شخص مصطنع وهى نتيجتين خطيرتين . أولاهما أن القانون وحده هو الذى يمنح الشخصية المعنوية ، وليس الشخص المعنوى الا خلق القانون ، فلا يجاوز حدود البلاد التى خلق فيها . والنتيجة الثانية أن القانون الذى خلق الشخص المعنوى هو الذى يحدد الحقوق التى تمنح لهذا الشخص ، فله أن يضيق فى هذه الحقوق ، وأن يوسع فيها ، وله أخيرا أن يسلب الشخص المعنوى شخصيته فهو الذى أعطاها اياه . وقد أصبحت نظرية الفرض القانونى نظرية مهجورة ، بعد أن محصها النقد ، وبخاصة عند فقهاء الألمان . فليس صحيحا أن الشخص لا يكون شخصا الا اذا كان قادرا على التفكير والارادة ، فهذا هو المجنون والصبي غير المميز ، وهما معدوما الارادة والتفكير ، يعتبر كل منهما شخصا حقيقيا . والواقع أن الشخص المعنوى يستمد شخصيته من ضرورة وجوده قبل أن يعترف به القانون . وليس من الحق أن يتحكم القانون فى الشخص المعنوى وجودا وعدما ، فان الشخصية المعنوية ضرورة اجتماعية لا يستطيع القانون الا أن يسلم بها .

وقد قامت ، الى جانب نظرية الفرض القانونى بعد هجرها ، نظريتان أخريان متضادتان . الأولى تنفى فكرة الشخصية بتاتا ، ولا ترى فى الشخص المعنوى الا ضربا من ضروب الملكية ، هى الملكية المشتركة (propriété collective) : والأخرى ، على النقيض من ذلك تؤكد فكرة الشخصية ، وتذهب فى تأكيدها الى حد بعيد ، حتى تقلبها من شخصية فرضية (personnalité fictive) الى شخصية حقيقية (personnalité réelle) .

نظرية الملكية المشتركة

ويذهب أنصار نظرية الملكية المشتركة وعلى رأسهم الأستاذ

بلانيول (Planiol) الى أن المميز الرئيسى للشخص المعنوى هو وجود مال مستقل يملكه . ولما كان هذا المال يستدعى وجود مالك ، فقد لجأ أصحاب نظرية الشخصية الفرضية ، الى خلق شخص وهمى يسندون اليه الملكية . ولسنا فى حاجة الى هذا الخيال لنخفى تحته ضربا من الملكية هى الملكية المشتركة . فأن المال الذى تسند ملكيته الى هذا الشخص المزعوم انما هو مملوك لجميع الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة ، لا ملكية فردية يتحدد فيها نصيب كل شريك مفرزا أو شائعا ، ولكن ملكية مشتركة لا يتحدد فيها نصيب الفرد ، بل الجماعة هى التى تملك ، وتتعامل ، وتسند اليها الحقوق . وعيب نظرية الملكية المشتركة هو أنها تركز الشخص المعنوى فى المال الذى يملكه . وما المال الا وسيلة لتحقيق الغرض الذى يسعى اليه الشخص المعنوى . فاذا كان لنا أن نقف عند مميز رئيسى للشخص المعنوى ، فينبغى أن يكون هذا المميز هو الغرض الذى من أجله وجد هذا الشخص . وهناك فروض نرى فيها المال أمرا ثانويا بجانب الغرض ، كما هو الأمر فى الدولة التى هى أكبر شخص معنوى ، فأننا لا نستطيع أن نصف الدولة بأنها مجموعة من المال ، بل أن العلامة المميزة للدولة هى الغرض الذى قامت من أجله . وهناك فروض للشخص المعنوى لا يوجد فيها المال أصلا ، كما اذا تألفت جمعية أدبية أو علمية تسعى لأغراض غير مالية بوسائل غير مادية .

نظرية الشخصية الحقيقية

أما أنصار نظرية الشخصية الحقيقية فيذهبون الى أن الشخص المعنوى هو شخص حقيقى لا فرضى . وقد انتصر لهذه النظرية بنوع خاص فقهاء الألمان ؟ وعلى رأسهم الأستاذ جيرك (Gierke) . وهم يقولون أن الذى يميز الشخص هى الارادة . وللشخص المعنوى ارادة كما

للشخص الطبيعى ، ارادة مستقلة عن ارادة الأفراد الذين يتألف منهم هـذا الشخص ، وما علينا الا أن ننظر الى الفرد منعزلا ، ثم الى الفرد فى الجماعة . فالفرد ، وهو بعيد عن الجماعة ، لا تكون ارادته هى نفسها الارادة التى يندمج بها فى الجماعة . فارادة الجماعة أو الشخص المعنوى وليدة احتكاك الارادات الفردية وتضاربها ، وما يقتضى ذلك من مساومة وتسليم وتصالح . فهى ارادة مستقلة تغاير الارادات الفردية التى دخلت فى تكوينها . وعيب هـذه النظرية المغالاة فى تشبيه الشخص المعنوى بالشخص الطبيعى . وقد قدمنا أنه ليس من الضرورى أن ترتكز الشخصـية على الارادة ، وليس من الضرورى حتى تثبت الشخصية للشخص المعنوى أن تجعله كالشخص الطبيعى من جميع الوجوه .

نظرية الشخصية القانونية

ويكفى فى نظرنا أن نقول أن الشخص المعنوى له شخصية قانونية كما للشخص الطبيعى . واذا كان الشخص الطبيعى يختلف كل الاختلاف عن الشخص المعنوى فى تكوينه المادى والنفسى فان القانون لا يعنيه من الشخص التكوين الفسيولوجى أو التكوين النفسى ، بل ينظر اليه من الناحية القانونية . والناحية القانونية هى أن يكون الشخص محلا للحقوق والواجبات كما قدمنـا . فالشخص المعنوى والشخص الطبيعى سواء من هذه الناحية ، لأن كلا منهما شخص قانونى . ولم يجعل القانون الشخص المعنوى محلا للحقوق والواجبات تحكما ، بل لأنه وجد الشخصية المعنوية حقيقة اجتماعية فاعترف بها . ووجـد فيها معنى الشخصية القـانونية ، فصاغها على هـذا الغرار . والشخص المعنوى كالشخص الطبيعى يشتمل على جزء من الحقيقة ، وهو ما يسميه الأستاذ جنى بعنصر العلم ، وجزء من الصنعة ، وهذا ما يسميه بعنصر الصياغة .

٢٣ — مشخصات الشخص المعنوى :

ولما كانت نظرية الفرض القانونى قد هجرت ، وأصبح الشخص المعنوى فى نظر المدرسة الحديثة حقيقة واقعة ، بقى أن نذكر أن هذا لا يعنى أن كل جماعة من الناس تسبغ عليها الشخصية المعنوية دون حساب . فالشخص المعنوى مشخصات تقومه . وقد حصرها الأستاذ كاپيتان فى مقومين :

أفراد لا يقصدون لذواتهم

(١) الأفراد الذين يتألف منهم الشخص المعنوى ينبغى أن يكونوا أفرادا لا يقصدون لذواتهم ، بل يجوز أن يخرجوا و يحل محلهم آخرون . وهكذا يكون الشخص المعنوى ثابتا فى شخصيته ، متغيرا فى الأفراد الذين يتألف منهم . أما اذا دخل أفراد بذواتهم ، كما فى شركات التضامن ، فالشخصية المعنوية لا تكون عندئذ الا من صنع القانون .

مصلحة مشتركة مستقرة

(٢) ويجب أيضا أن تضم هؤلاء الأفراد مصلحة مشتركة مستقرة يسعون اليها جميعا . وهذه المصلحة المشتركة هى الأساس الذى يقوم عليه الشخص المعنوى . وما لم يوجد هذا الغرض العام الثابت فليست الجماعة الا مجموعة من الأفراد ، يحتفظ كل فرد فيها بشخصيته ، وليست لها شخصية واحدة تدمجها جميعا فى وحدة متماسكة .

§ ٢ — أقسام الشخص المعنوى

٢٤ — الشخص المعنوى العام والشخص المعنوى الخاص :

ينقسم الشخص المعنوى ، انقساما أوليا ، الى شخص معنوى عام وشخص معنوى خاص .

الشخص المعنوى العام

فالشخص المعنوى العام يتولى سلطة عامة ، و يكون جزءا من هيئات الدولة .

الشخص المعنوى الخاص

والشخص المعنوى الخاص لا يتولى سلطة عامة ، بل يكون من صنع الأفراد ، ليقوم على علاقات أو على مصلحة عامة .

٢٥ — أقسام الشخص المعنوى العام :

الدولة

على رأس الأشخاص المعنوية العامة الدولة ، وهى شخص معنوى يتولى السلطة العامة المركزية .

المجالس البلدية والمحلية ومجالس المديريات

والى جانب الدولة توجد سلطات عامة محلية ، تقل أو تكثر تبعاً لقوة المركزية فى الادارة أو ضعفها ففى مصر تعتبر المدن والقرى والمديريات أشخاصا معنوية عامة ، تمثلها المجالس البلدية والمجالس المحلية ومجالس المديريات .

الجامعات ووزارة الأوقاف ونقابات المحامين

والى جانب هذه السلطات العامة المحلية ، توجد سلطات عامة أخرى تشرف على مصالح عامة مركزية ، وتتمتع باستقلال ذاتى عن السلطة المركزية . مثل ذلك فى مصر الجامعة المصرية والجامعة الأزهرية ووزارة الأوقاف ونقابات المحامين . وهذا ما يسميه الفرنسيون بالمنشآت العامة (Etablissements publics) .

٢٦ — أقسام الشخص المعنوى الخاص :

وينقسم الشخص المعنوى الخاص الى جمعيات (associations) ومؤسسات (fondations) وشركات (sociétés) .

الجمعيات

فالجمعيات هى طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة دون أن تكون هذه المصلحة هى الكسب المادى . مثل ذلك الجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعية الزراعية والجمعية الجغرافية وجمعية الاقتصاد والتشريع والاحصاء وجمعية المواساة

وجمعية الاسعاف ونادى الموسيقى الشرقى وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة عامة : عملا من أعمال البر أو التعليم أو العلم أو الفن أو غير ذلك . ومثل ذلك أيضا النوادى الرياضية والنوادى الأدبية والعلمية والفنية وغيرها من النوادى ، واتحاد الجامعة المصرية وجمعية الشبان المسلمين وجمعية الشبان المسيحية ونقابات العمال والغرف التجارية وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة خاصة مقصورة على أعضائها دون أن يدخل فى ذلك فكرة الكسب المادى . وهذه الجمعيات على اختلاف أنواعها اعترف لها فى أكثر البلاد بالشخصية المعنوية بمجرد تأليفها وتنظيمها . وتوجد تشريعات للاعتراف بهذه الشخصية وتنظيمها كتشريع أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا . أما فى مصر فالقضاء اعترف لهذه الجمعيات بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

والمؤسسات هى مجموعة من المال ترصد لعمل من أعمال البر والاحسان أو لعمل يحقق مصلحة عامة ، وذلك كالملاجىء والمستشفيات والمدارس ومعاهد الموسيقى ، والفرق بينها وبين الجمعيات أن المؤسسات مجموعة من المال ، أما الجمعيات فهى طائفة من الأشخاص كما قدمنا . ولا يسمح فى فرنسا بالشخصية المعنوية للمؤسسات الا بترخيص ادارى بعد اتباع اجراءات خاصة . أما فى ألمانيا وسويسرا فللمؤسسات قواعد تنشأ بمقتضاها وتنظم . وفى مصر لا توجد قواعد للمؤسسات كما فى ألمانيا وسويسرا ، بل لا يوجد كذلك نظام للترخيص الادارى كما فى فرنسا . وقد أغنى عن ذلك نظام الوقف المعروف الى حد ما . على أن الحاجة لا تزال شديدة الى تنظيم المؤسسات فى مصر ، فهناك مؤسسات ، كجمعية القرش والجوائز الرياضية والعلمية من كؤوس ومكافآت مالية ، تحتاج الى تنظيم ويضيق بها نظام الوقف .

الشركات

والشركات (sociétés) هى طائفـة من الأفراد يؤلفون جماعـة لتحقيق مصلحة خاصة هى الكسب المادى (but lucratif) . وهى على نوعين شركات مدنية (sociétés civiles) وشركات تجارية (sociétés commerciales).

الشركات المدنية

فالشركات المدنية تقوم بأعمال مدنية غير تجـارية بغرض الكسب المادى . مثل ذلك نقابات التعـاون بمختلف أنواعها ، ومثل ذلك أيضـا الشركات العقـارية وهى التى تقوم ببيع الأراضى للأفراد للبناء عليهـا ، ومثل ذلك أخيرا الشركات التعاونية لنشر الكتب والمؤلفات . وكثيرا ما تتخذ هذه الشركات شكلا تجاريا لتدخل فى اختصاص المحاكم التجارية وتسمى بالشركات المدنية ذات الشكل التجارى (Sociétés civiles à forme commerciale).

الشركات التجارية
شركة التضامن

أما الشركات التجـارية فهى أنواع ثلاثة : (١) شركة التضـامن société en nom collectif وهى شركة يكون جميـع الشركاء فيهـا متضـامنين ومسئولين عن جميع ديون الشركة فى جميع أموالهم —

شركة التوصية

(٢) شركة التوصية (société en commandite) ، وهى شركة يكون بعض الشركاء فيها متضامنين ومسئولين عن جميع ديون الشركة فى جميع أموالهم ، ويكون البعض الآخر مسئولا عن ديون الشركة بمقدار ما دفعه

شركة الاسهم

من المـال فى الشركة وليس له شأن فى ادارتها — (٣) شركة الأسهم (société anonyme) وهى شركة يساهم فيها كل شريك بجزء من رأس المال ، ولا يكون مسئولا عن ديون الشركة الا بقدر هذا الجزء . وشركات المساهمة هى الأكثر شيوعا فى ميـدان النشاط التجـارى ، لأنها شركات تجمع الكثير من المال دون أن تعرض الشركاء الى خطر على غير المال الذى ساهموا به فى الشركة .

المبحث الثانى

نظام الشخص المعنوى

§ ١ — كيف يولد الشخص المعنوى

٢٧ — لمحة تاريخية :

القانون الرومانى

عرف القانون الرومانى الشخصية المعنوية بنوعيها : جماعة من الأشخاص (universitates personarum) ومجموعة من المال (universitates bonorum) . أما الشخص المعنوى الذى يتألف من جماعة من الأفراد فقد كان ينشأ ، حتى عهد الامبراطورية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك ، بل كان يكفى أن يضع الشخص المعنوى لنفسه نظاما (statut) حتى يكسب الشخصية المعنوية . ثم جاء عهد الامبراطورية ، وبدأت الدولة تقلل من نفوذ الجمعيات وتخشى من خطرها السياسى . فأصبحت الجمعية (أو الشخص المعنوى) لا يجوز تأليفها كقاعدة عامة الا اذا حصلت على ترخيص خاص بذلك من مجلس الشيوخ (Sénat) ومتى حصلت على هذا الترخيص ألفت ، وبمجرد تأليفها تكسب الشخصية المعنوية . أما الشخص المعنوى الذى يتألف من مجموعة من المال ، وهو ما يسمى بالمؤسسة ، فقد عرفه الرومان منذ عهد قسطنطين ، بعد أن اعتنقت الدولة الرومانية الدين المسيحى ، وكانت الأموال ترصد لأعمال البر والدين ، للكنائس والأديرة والمستشفيات والملاجىء ، بطريق الوصية أو الهبة فتكسب هذه المؤسسات الشخصية المعنوية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك على رأى .

القانون الفرنسى القديم

وبقيت تقاليد القانون الرومانى فى القانون الفرنسى القديم . ولم يكن

يسمح لجماعة بأن تتألف الا بترخيص ملكى . ولكن متى رخص فى تأليفها ، أصبحت شخصا معنويا بمجرد التأليف . وكذلك كان شأن المؤسسات (fondations) .

الثورة الفرنسية

وفى عهد الثورة الفرنسية تقررت حرية الاجتماع ، فأصبح من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص خاص بذلك ، ولكن بقى الترخيص ضروريا لمنح الشخصية المعنوية للجماعات المؤلفة . ومن هنا وجد التمييز بين حق تأليف الجماعات ، وهذا الحق لا يقتضى ترخيصا خاصا ، وحق الشخصية المعنوية ، ويقتضى الترخيص . وجاء التقنين الفرنسى مؤيدا لهذا التمييز . ولكنه جعل الجماعة سواء فى تأليفها أو فى كسبها للشخصية المعنوية ، خاضعة لترخيص خاص بكل من الأمرين . ولما قويت روح الجماعة فى غضون القرن التاسع عشر ، وكثر تأليف نقابات العمال ونقابات أصحاب العمل ونقابات الموظفين والجمعيات الخيرية والأدبية والعلمية والفنية ، زالت القيود المتقدمة بالتدريج ، وأصبح الآن ، بمقتضى قانون أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا ، من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص ، ومتى قامت ببعض اجراءات معينة تتعلق بالنشر والاعلان عن وجودها ، كسبت الشخصية المعنوية كذلك دون ترخيص ادارى . فالترخيص لم يعد اذن ضروريا فى فرنسا لا فى تأليف الجماعات ولا فى كسبها للشخصية المعنوية . على أن نظام المؤسسات (fondations) استثنى من هذا التسامح ، وظل خاضعا للترخيص الادارى ، فلا يجوز ايجاد مؤسسة تكون لها الشخصية المعنوية الا بعد الحصول على ترخيص ادارى يعترف لها بأنها تقوم بخدمة عامة (reconnaissance d'utilité publique).

التقنين الفرنسى

قانون سنة ١٩٠١

٢٨ — طرق انشاء الشخص المعنوى :

تبين مما قدمناه أن الشخص المعنوى ، فى مراحل تطوره ، تردد بين

أن يكون نشوءه حرا دون حاجة الى ترخيص خاص ، وأن يكون مقيدا بهذا الترخيص . وأن الترخيص ينصب تارة على تأليف الجماعة التى يتكون منها الشخص المعنوى ، فاذا ما تألفت كسبت الشخصية المعنوية من تلقاء نفسها ، وينصب طورا على كسب الشخصية المعنوية ذاتها .

وفى الوقت الحاضر يغلب أن يكون نشوء الشخص المعنوى حرا غير خاضع للترخيص الادارى . أما الشخص المعنوى العام فيستمد شخصيته من القانون الذى أنشأه ، كما هو الأمر فى مجالس المديريات ووزارة الأوقاف والجامعة المصرية فى مصر ، على أن الدولة ، وهى السلطة المركزية ، تستمد شخصيتها من العرف والتقاليد .

الشخص المعنوى العام

ثم أن الشخص المعنوى الخاص ، اذا كان جمعية ، يكسب الشخصية بمجرد تأليف الجمعية كما قدمنا ، وهذا ما يقضى به القانون فى فرنسا ، وما يقرره القضاء بالنسبة لبعض الجمعيات فى مصر . على أن مصر ينقصها تشريع يضاهى التشريع الفرنسى فى عموميته .

الشخص المعنوى الخاص : الجمعيات

واذا كان الشخص المعنوى شركة مدنية أو تجارية ، فأنه يكسب الشخصية المعنوية بمجرد تأليفه طبقا للأوضاع المقررة ، وهذا بمقتضى القانون فى فرنسا وفى مصر . وقد صدرت تشريعات خاصة فى مصر تعترف بالشخصية المعنوية لبعض الشركات المدنية ، كالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ بشأن الجمعيات التعاونية . ويلاحظ أيضا أن شركات الأسهم فى مصر يشترط فى تأليفها أن يصدر بها مرسوم .

الشركات

بقيت المؤسسات . وهذه تنشأ فى ألمانيا وسويسرا باتباع قواعد معينة قررها القانون . ولا يشترط القانون السويسرى ترخيصا اداريا بانشائها . أما فى فرنسا وفى مصر فلا توجد نصوص تشريعية تنظم

المؤسسات

المؤسسات . والطريق فى فرنسا الى انشاء المؤسسات هو أن يخصص المنشىء جزءا من ماله للغرض الذى يقصده من المؤسسة ، ثم يحصل بعد ذلك من الجهة الادارية على ترخيص باعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، فتصبح بذلك شخصا معنويا له وجود مستقل ، ولكن هذه الشخصية المعنوية لم يخلقها المنشىء بارادته ، بل الترخيص الادارى هو الذى خلقها . وللمنشىء أن يسلك طريقا غير مباشر ، بأن يهب أو يوصى لشخص معنوى موجود من قبل مالا ، على أن يخصصه الشخص المعنوى للغرض الذى يقصد اليه ، كأن يوصى لمجلس من المجالس البلدية مالا على أن ينشىء به مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك ، ولا بد من الحصول على ترخيص ادارى بقبول الشخص المعنوى لهذا التبرع تطبيقا للمادتين ٩١٠ و٩٣٧ من القانون المدنى الفرنسى ، وأن يكون الغرض الذى خصص له المال داخلا فى مهمة الشخص المعنوى . أما فى مصر فيمكن انشاء المؤسسات من طريق نظام الوقف ، فيقف المنشىء المال الذى يريد تخصيصه للغرض الذى يقصد اليه ، فيصبح المال موقوفا على هذا الغرض ، ويقوم ناظر الوقف باستغلاله لما خصص له . على أنه من المرغوب فيه أن يوضع فى مصر تشريع للمؤسسات على مثال التشريعين السويسرى والألمانى ، فان مثل هذا التشريع يكون أكثر مرونة من نظام الوقف ، اذ ينظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب فى انشاء مؤسسات حيث لا يسمح نظام الوقف بانشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود بانشاء جمعيات من الأشخاص لامؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما فى نظام الوقف فالمحاكم الشرعية هى التى لها حق الرقابة) ،

ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من أجله قد فقد أهميته أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام. كل هـذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف. هـذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى جهة بر لا تنقطع، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء، اذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر.

§ ٢ — كيف يعيش الشخص المعنوى

(نشاطه القانونى)

٢٩ — مظاهر النشاط القانونى للشخص المعنوى:

أهلية وجوب وأهلية أداء

متى أنشىء الشخص المعنوى على الوجه المتقـدم، كان له من النشاط القانونى ما يضاهى به الشخص الطبيعى. فللشخص المعنوى، كما للشخص الطبيعى، أهلية وجوب وأهلية أداء.

اسم وموطن وجنسية

وللشخص المعنوى، كالشخص الطبيعى، متعلقات: الاسم والموطن والجنسية. واذا نقصه أن تكون له أسرة، فذلك يرجع الى طبيعة الأشياء.

٣٠ — أهلية الوجوب:

أهلية الوجوب هى نفس الشخصية كما قدمنا. فالشخص المعنوى له أهلية وجوب، أى أنه يتمتع بشخصيـة قانونية. وهـذا هو أكبر مميز للشخصية المعنوية.

ضروب النشاط القانونى

ويترتب على ذلك أن الشخص المعنوى يحيا حياة قانونية كالشخص الطبيعى. فله أن يتملك، وأن يتصرف فى ملكه، وأن يتعـاقد، وأن يتقاضى. وبالجملة تندمج الجماعة فى شخص واحـد، يتقدم الى ميـدان

النشاط القانونى باسمه ، بعد أن تفنى فيه جميع الأفراد التى دخلت فى تكوينه . وهذه هى المزية الكبرى للشخصية المعنوية كما قدمنا .

قيدان :

على أن أهلية الوجوب للشخص المعنوى يرد عليها قيدان ، قيد يرجع لطبيعة الشخص المعنوى ، والقيد الآخر يرجع الى مبدأ التخصيص (principe de spécialité) الذى يسود نظام الشخصية المعنوية .

طبيعة الشخص المعنوى

أما ما يرجع لطبيعة الشخص المعنوى ، فمن ذلك روابط الأسرة . وقد قدمنا أن طبيعة الشخص المعنوى تأبى أن تكون له أسرة . فلا يتصور أن يترتب للشخص المعنوى حقوق من الزواج أو البنوة أو نحو ذلك . ويرجع كذلك الى طبيعة الشخص المعنوى أن تنعدم مسئوليته الجنائية ، فشرط هذه المسئولية القصد الجنائى ، والقصد الجنائى لا يتوافر الا عند الشخص الطبيعى .

مبدأ التخصيص

ومبدأ التخصيص الذى يقيد من أهلية الشخص المعنوى يقضى بأن هذا الشخص انما أنشئ لغرض معين قد تخصص لتحقيقه . فنشاطه القانونى يتحدد بهذا الغرض ، ولا يجوز له أن يجاوزه . وكل عمل قانونى يقوم به يجب أن يكون داخلا فى دائرة هذا التخصيص . مثل ذلك جمعية خيرية ، لا يجوز لها أن تقوم بأعمال تجارية . وشركة تجارية ، لا يجوز لها أن تقوم بعمل سياسى ، ومؤسسة لاحدى المستشفيات ، لا يجوز لها أن تنشئ ملجأ أو مدرسة ، وهكذا . واذا كان مبدأ التخصيص منطقيا ، فهو أيضاً عملى من شأنه أن يدفع خطرين يخشيان عادة من الشخص المعنوى ، أولهما أن الشخص المعنوى جدير أن يجمع من أسباب القوة ما يجعله خطراً على الدولة ، فينبغى اذن أن يحدد نشاطه . والخطر الثانى أن المال الذى يملكه الشخص المعنوى ، ما لم يكن هذا الشخص شركة ، يخرج عادة

جائرة التعامل (main morte) وفى هذا ضرر ينبغى تلافيه بتقييد ما يحق للشخص المعنوى أن يملكه ، بالنظر الى الغرض الذى أنشئ من أجله .

٣١ — أهلية الاداء :

أهلية الاداء الكاملة

والشخص المعنوى ، بوجه عام ، أهلية أداء كاملة . اذ يستطيع أن يستعمل الحقوق التى يتمتع بها ، واذا كانت طبيعة الشخص المعنوى تأبى عليه ، وهو فكرة مجردة ، أن يستعمل الحقوق الا من طريق أشخاص طبيعية يمثلونه فى استعمال هذه الحقوق . فان هذا لا يعنى أى نقص فى أهلية الاداء للشخص المعنوى .

أهلية الاداء الناقصة

على أن هناك أشخاصاً معنوية عامة ناقصة أهلية الأداء . فلا تستطيع استعمال الحقوق التى تتمتع بها ، أو استعمال بعضها ، الا بترخيص أو تصديق من السلطة المركزية . مثل ذلك مجالس المديريات والمجالس البلدية تخضع فى بعض قراراتها لتصديق وزارة الداخلية ، ومجلس الجامعة المصرية يخضع فى أكثر قراراته لتصديق وزير المعارف .

٣٢ — اسم الشخص المعنوى :

اسم منتزع من الغرض

للشخص المعنوى اسم يميزه كما للشخص الطبيعى . وينتزع الاسم عادة من الغرض الذى أنشئ الشخص المعنوى لتحقيقه .

الشركات التجارية

وفى الشركات التجارية ، اذا كانت شركات تضامن أو توصية ، يتخذ اسم واحد أو اكثر من الشركاء المتضامنين اسما للشركة . أما شركات الأسهم فيتخذ الغرض المقصود منها اسما لها .

٣٣ — موطن الشخص المعنوى :

والشخص المعنوى موطن يحدد عادة بأنه محل العمل الرئيسى . وفى

تحديد هذا الموطن نفس الفوائد التى تتحقق فى تحديد موطن للشخص الطبيعى .

فروع فى جهات مختلفة

على أن كثيرا من الأشخاص المعنوية ، كالشركات مثلا ، يكون لها فروع فى جهات مختلفة . فيبقى موطنها فى المحل الرئيسى ، على أنه يجوز أن تقاضى أمام المحاكم التى توجد هذه الفروع فى دائرة اختصاصها .

ويلاحظ أن الحكومة المصرية تقاضى أمام محاكم معينة حددها القانون ولا تنفرد محكمة مصر بالاختصاص .

٣٤ — جنسية الشخص المعنوى :

جنسية الموطن

وللشخص المعنوى جنسية مستقلة عن جنسية الأفراد الذين يدخلون فى تكوينه . وتتحدد الجنسية بالمقر الرئيسى لأعمال الشخص المعنوى أو موطنه . ويتخذ الشخص المعنوى جنسية الدولة التى يوجد فيها هذا الموطن . فالشركات التى تتخذ مقر عملها الرئيسى فى مصر تكون شركات مصرية . والعبرة بالواقع ، فما دامت الشركة اتخذت بلدا مقرا لعملها الرئيسى ، فقد اتخذت جنسية هذا البلد ، حتى لو ذكر فى عقد الشركة بطريقة صورية أو بقصد الغش أن مقر العمل موجود فى جهة أخرى .

الشخص المعنوى الأجنبى

بقى أن نعرف حالة الشخص المعنوى فى بلد أجنبى . والقاعدة المعترف بها أخيرا أن الشخص المعنوى يبقى محتفظا بشخصيته المعنوية فى البلاد الأجنبية ، فيتمتع بنشاطه القانونى فى هذه البلاد كما يتمتع بذلك فى بلده . الا أن كل بلد أجنبى يستطيع أن يضع من القيود على نشاط الشخص المعنوى الأجنبى ما يتفق مع مصلحته .

§ ٣ — كيف يموت الشخص المعنوى

(طرق انقضاء الشخص المعنوى)

٣٥ — طرق الانقضاء :

الشخص المعنوى العام

ينقضى الشخص المعنوى العام بسحب الشخصية المعنوية منه بنص قانونى .

الشخص المعنوى الخاص

أما الشخص المعنوى الخاص فينقضى بانتهاء الغرض الذى أنشئ من أجله . وينتهى كذلك اذا حكم القضاء ببطلانه لسبب من الأسباب ، كما لو كان مخالفا للنظام العام أو للآداب . وينتهى أيضاً اذا كان الترخيص ضروريا فى انشائه ثم سحب هذا الترخيص . وينتهى أخيرا اذا قرر ذلك الأفراد الذين دخلوا فى تكوينه ، ويتبع فى هذا الشأن وما تم الاتفاق عليه ما بين هذه الأفراد .

٣٦ — تصفية مال الشخص المعنوى بعد انقضائه

الاتفاق

فاذا ما انقضى الشخص المعنوى لسبب من الأسباب المتقدمة ، فان ما له يصفى بالطريقة المتفق عليها من قبل ، أو بالطريقة التى يتفق عليها عند الانقضاء .

الباب الثاني

روابط الأسرة

---

٣٧ — تقسيم الموضوع :

نستعرض بإيجاز تام أحكام الأسرة فى الشريعة الاسلامية ، فهى الشريعة التى تطبق على المسلمين فى مصر ، وعلى غير المسلمين فى كثير من الأحكام .

روابط شخصية وروابط مالية

وقد سبق أن قسمنا روابط الاسرة الى روابط شخصية وروابط مالية .

§ ١ — الروابط الشخصية

٣٨ — أقسامها :

الزواج والنسب

يمكن تركيز هذه الروابط فى الزواج والنسب .

٣٩ — الزواج :

الزواج عقد مدنى

الزواج فى الشريعة الاسلامية عقد مدنى ، ينعقد بتوافق الايجاب والقبول ، ويشترط لصحته حضور شاهدين وقت العقد يراد بحضورهما العلانية .

واجبات الزوج

ومتى انعقد الزواج صحيحا ثبتت الزوجية ، ووجب على الزوج لزوجته المهر المسمى أو مهر المثل ، والنفقة ما دامت غير ناشزة .

حقوق الزوج لا ولاية له على المال :

وولاية الزوج على زوجته ولاية تأديبية ، فلا ولاية له على أموالها ،

بل لها التصرف فى جميعها بلا اذنه ورضاه . ولها أن تقبض غلة أموالها ، وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها ، وتنفذ عقودها بلا توقف على أجازته مطلقا ، ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شىء من النفقات الواجبة على الزوج.
أما الشرائع الغربية فكثير منها يخالف الشريعة الاسلامية فى أمرين : (١) فى اعتبار الزوجة غير كاملة الأهلية ، ولا بد فى نفاذ تصرفاتها من اذن الزوج (٢) وفى جعل مال الزوج ومال الزوجة شركة فيما بينهما على نحو معين ، واذا اتفقا على فصل المالين فان الزوجة تلتزم بقسط من النفقة على المنزل .

الولاية التأديبية

أما الولاية التأديبية للزوج على زوجته فقد تقررت جزاء لحقوقه عليها ، ومن حقوق الزوج على الزوجة أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا ، وأن تصون نفسها ، وأن تكون محافظة على ماله . ويباح للزوج تأديب زوجته تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقدر ، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق . واذا شكت المرأة نشوز زوجها وضربه اياها ضربا فاحشا ولو بحق ، وثبت ذلك عليه بالبينة ، يعذّر .

الطلاق

وينقضى الزواج بالطلاق والزوج هو الذى يملك الطلاق ، وتملكه الزوجة بالشرط . والطلاق رجعى وبائن ، فالرجعى لا يرفع أحكام الزواج ، وتبقى الزوجية قائمة ما دامت الزوجة فى العدة ، وللزوج أن يراجع زوجته فى هذه المدة دون عقد ومهر جديدين ، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء المدة . والطلاق البائن يرفع أحكام الزواج ويزيل ملك الزوج فى الحال ، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته الا بعقد ومهر جديدين . واذا وقع الطلاق ، رجعيا كان أو بائنا ، مرتين ، فالطلاق للمرة الثالثة يكون طلاقا بائنا بينونة

كبرى ، يزيل الملك والحل ، ولا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ، حتى ولا بعقد ومهر جديدين ، بل لا ترجع اليه الا اذا تزوجت من غيره ولا يكون رجوعها الا اليه بعقد ومهر جديدين .

الخلع

وقد يكون الطلاق باتفاق بين الزوج والزوجة ، ويسمى خلعا ، ويقع الخلع طلاقا بائنا ، سواء كان بعوض أو بغير عوض .

٤٠ — النسب :

ثبوت النسب

والنسب لا يثبت الا بالزواج الصحيح . فاذا ولدت الزوجة ، حال قيام الزواج الصحيح ، ولما لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج ، ثبت نسبه من الزوج ، الا اذا نفاه وتلاعن مع زوجته [1] ، فيفرق ما بين الزوجين ، ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحق بأمه ، وتعتبر الفرقة باللعان طلاقا بائنا . واذا جاءت الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها ، فلا يثبت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا .

الرضاع

ويترتب على النسب حقوق وواجبات ، من رضاع وحضانة وتعليم ونفقة . والأم ترضع ولدها ولا تأخذ أجرة على ذلك ما دامت الزوجية قائمة . والأم كذلك أحق بحضانة الولد وتربيته ، ولا تأخذ أجرا ما دامت الزوجية قائمة ، وتنتهى الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ تسع سنين ، وتنتهى مدة حضانة الصبية ببلوغها أحدعشر عاما ، وللأب

الحضانة

---

(١) وطريقة اللعان هى الواردة فى قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » .

أخذها حينئذ من الحاضنة . ويطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله . ويطلب منه أيضا أن ينفق على ولده اذا لم يكن للولد مال ، حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب وتتزوج الأنثى . واذا كان الأب معسرا فتجب النفقة على الأم اذا كانت موسرة . واذا كان الأبوان معسرين ، وللولد أقارب موسرون كلهم ورثة ، فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم فى الارث . كذلك يجب على الولد الموسر النفقة على أصوله غير القادرين على الكسب . وتجب النفقة بوجه عام لكل رحم محرم فقير تحل له الصدقة على من يرثه من أقاربه بقدر ارثه منه ، ويجبر القريب عليها ان أبى وهو موسر .

التعليم

النفقة

ويترتب على النسب كذلك ولاية على المال . وقد تقدم الكلام على الولى والوصى والقيم .

§ ٢ الروابط المالية

٤١ — أقسامها :

مر بنا فى الروابط الشخصية حقوق مالية كالمهر والنفقة . ونضيف اليهما هنا الميراث ويلحق به الوصية والهبة والوقف .

٤٢ — الميراث :

يعتبر الميراث داخلا فى دائرة الأحوال الشخصية من حيث أن الوارث يستحق تركة مورثه باعتبار أنه فرد من أسرته .

واذا خلف الميت مالا بدئ بسداد ديونه ، اذ لا تركة الا بعد سداد الدين . ثم تأتى مصاريف تجهيز الميت ودفنه ، ثم تنفيذ وصاياه . ثم يقسم الباقى من التركة بين ورثته الشرعيين .

الحقوق فى التركة

أصحاب الفروض

والورثة الشرعيون هم أصحاب الفروض والعصبات وذوو الأرحام (وهذا غير الولاء) . فأصحاب الفروض لهم سهام مقدرة فى التركة ، مثل ذلك الزوج له النصف أو الربع والزوجة لها الربع أو الثمن ، والأب له السدس والبنت لها النصف الخ . والعصبات هم من يتصلون بالميت فى سلسلة من النسب كلها ذكور ليس فيهم أنثى . واذا وجد عاصب يأخذ كل التركة ان لم يزاحمه غيره ، كما اذا توفى شخص عن ابن فقط . أو يأخذ ما أبقته أصحاب الفروض ، كما اذا توفى شخص عن زوجة وابن ، فللزوجة الثمن وللابن سبعة الأثمان . فان لم يبق شىء بعد أخذ أصحاب الفروض لفروضهم فلا ميراث للعاصب . وجهات التعصيب أربع : البنوة والابوة والأخوة والعمومة . وذوو الأرحام هم كل ذى قرابة ليس صاحب فرض ولا عاصباً ، ويأخذون التركة عند عدم أصحاب الفروض والعصبة جميعاً ، ويأخذون ما يتبقى منها مع أحد الزوجين .

العصبات

ذوو الأرحام

٤٣ — الوصية :

القدر الذى تجوز فيه الوصية

وتلحق الوصية بالميراث ، لانها من قبيل الميراث بارادة الميت نفسه . والقاعدة أنه لا تجوز الوصية لوارث الا باجازة بقية الورثة . وتجوز الوصية لغير وارث بشرط ألا يزيد القدر الموصى به على ثلث التركة ، فان زاد فلا بد من أجازة الورثة .

قبول الموصى له

ولا يملك الموصى له الوصية الا اذا قبلها صراحة أو دلالة ، وتعتبر ملكيته لها من وقت موت الموصى لا من وقت القبول .

٤٤ — الهبة :

الفرق بين الهبة والوصية

ويمكن الحاق الهبة بالميراث كذلك من حيث أن الهبة تكون عادة للأقارب باعتبارهم كذلك . والفرق بين الهبة والوصية ، أن الوصية تمليك

مضاف الى ما بعد الموت ، أما الهبة فتمليك فى الحال ، وكلاهما بغير عوض. وتجوز هبة كل المال لوارث أو لغير وارث . ولا تصح الهبة الا مقبوضة .

الرجوع فى الهبة

ويجوز الرجوع فى الهبة الا اذا وجد مانع من موانع الرجوع ، ومن هذه الموانع موت أحد العاقدين أو وجود صلة قرابة أو زوجية بينهما . واذا أراد الواهب الرجوع عند عدم وجود المانع ، فلا يكون ذلك الا بالتراضى أو بحكم القاضى .

٤٥ — **الوقف :**

الوقف يعدل أحكام الميراث

والحاق الوقف بالميراث يأتى باعتبار أن الوقف يعدل كثيرا من أحكام الميراث . فيه يجوز اعطاء الانثى كالذكر ، وبه يجوز حرمان الوارث ، وبه يجوز اعطاء غير الوارث .

الوقف الخيرى والوقف الأهلى

والوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة . وهو قسمان خيرى وأهلى . فالخيرى ما كان المستحق فيه مباشرة جهة بر لا تنقطع . والأهلى ما كان المستحق فيه أولا أفرادا من الناس يكونون عادة من أهل الواقف ويتعاقبون جيلا بعد جيل ، ثم اذا انقرض هؤلاء كان المستحق جهة بر لا تنقطع . فالوقف خيريا كان أو أهليا ، ينتهى دائما الى جهة البر .

نظام الوقف

وقد رأينا أن الوقف فى الشريعة الاسلامية يقوم الى حد ما مقام المؤسسات فى الشرائع الغربية والعين الموقوفة لا يجوز التصرف فيها ، الا فى أحوال معينة وبشروط مخصوصة . وغلة العين هى التى تصرف للمستحقين . ويتولى ادارة العين واستغلالها ناظر الوقف ، ويحاسبه المستحقون على مقادير استحقاقهم وهو خاضع لرقابة المحكمة الشرعية .

المعاملات المالية

تمهيد

تقسيم الأموال — تقسيم الحقوق — الذمة المالية

٤٦ — تعريف المال :

المـال هو كل شيء يمكن أن تترتب عليه حقوق للشخص .

٤٧ — تقسيم الأموال :

ويمكن تقسيم الأموال الى تقسيمات كثيرة من وجوه مختلفة . نذكر منها التقسيمات الآتية .

تقسيم المال الى عقار ومنقول — تقسيمه الى قيمى ومثلى — تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له .

٤٨ — العقار والمنقول (Immeuble et meuble) :

ينقسم المال الى عقار ومنقول . فالعقار هو المال الثابت الذى لا يمكن نقله من مكان الى آخر كالأرض والمبانى . والمنقول هو المال غير الثابت الذى يمكن نقله من مكانه كالمركبات والسيارات والحيوانات .

وقد كان لهـذا التقسيم ، قبل التطور الاقتصادى الحديث ، أهمية كبيرة ، اذا كان العقار هو المـال ذو القيمـة ، أما المنقول فقد كان تافها لا قيمـة له (res mobilis, res vilis) . ولكن الظروف الاقتصـادية المتطورة أخذت تعلى من قيمة المنقول ، وأصبح فى المنقولات ما تفوق قيمته العقار ، كالأوراق المالية والأسهم والسندات .

على أن التمييز بين العقار والمنقول لا يزال ذا أهمية جوهرية من الناحية القانونية . ونذكر هنا بعض وجوه هذه الأهمية : (١) التصرف فى العقار يجب أن يشهر بطريق التسجيل أو القيد ، أما التصرف فى المنقول فلا يشهر ، وتغنى الحيازة فى المنقول عن ذلك (٢) العقار وحده هو الذى يجوز رهنه رهنا رسميا (hypothèque) ، دون المنقول . (٣) الشفعة لا تكون الا فى العقار (٤) دعوى الغبن الفاحش لا تكون الا فى العقار (٥) التنفيذ على العقار محوط باجراءات معقدة وضمانات أوفر من اجراءات التنفيذ على المنقول — ويلاحظ أن بعض هذه الوجوه راجع الى طبيعة العقار والمنقول ، كما فى التسجيل والرهن الرسمى والشفعة ، والبعض الآخر راجع الى أن العقار معدود أعلى قيمة من المنقول ، كما فى الغبن والتنفيذ .

وهناك منقولات تعد عقارا بالتخصيص ، اذا خصصت لخدمة عقار ، كالمواشى والآلات الزراعية اذا خصصت لخدمة الأرض . وهناك عقار يعد منقولا بحسب المآل كالمبانى اذا بيعت مستحقة الهدم والأشجار اذا بيعت مستحقة القلع .

٤٩ — *القيمى والمثلى* (Non fongible et fongible) :

القيمى هو ما لا تتعدد آحاده . مثل ذلك منزل معين وفرس معين . ويتعين بالتسمية أو الوصف .

والمثلى هو ما تعددت آحاده ، وقام بعضها مقام البعض الآخر . مثل ذلك الغلال والقطن والقماش والبيض . ويتعين اما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن ، أو بالمقاس كالقماش ، أو بالعد كالبيض .

وأهمية التمييز تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة لا تكون الا

فى المثلى دون القيمى (٢) هلاك المثليات تكون على المشترى بعد التعيين ولو قبل التسليم ، أما هلاك القيميات فلا يكون على المشترى الا بعد التسليم .

٥٠ — غير القابل للاستهلاك والقابل له (Non consomptible et consomptible)

المال غير القابل للاستهلاك هو ما يتكرر الانتفاع به مع بقائه كالمنزل والفرس والقماش .

والمال القابل للاستهلاك هو ما لا ينتفع به الا باستهلاكه استهلاكا ماديا ، كما فى الغلال والمأكولات ، أو استهلاكا معنويا ، كما فى النقود فانها لا ينتفع بها الا اذا خرجت من ملكية المنتفع .

ومن وجوه أهمية هذا التميز أن عارية الاستهلاك لا تقع الا على أشياء قابلة للاستهلاك ، وعارية الاستعمال لا تقع الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك .

والغالب أن المثلى يكون قابلا للاستهلاك كما فى الغلال ، ولكن قد يكون المثلى غير قابل للاستهلاك كما فى القماش .

والغالب كذلك أن القيمى يكون غير قابل للاستهلاك كما فى المنزل والفرس . ولكن قد يكون القيمى قابلا للاستهلاك كما فى النقود اذا أعيرت للعرض أو للصرف .

وتقسيم المال الى قيمى ومثلى يرجع الى قصد المتعاملين والعرف الجارى . أما تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له فيرجع الى طبيعة المال ذاته .

٥١ — تعريف الحق وأقسامه :

الحق مصلحة يحميها القانون لشخص معين .

ويمكن تقسيم الحقوق مبدئيا الى حقوق سياسية ، وهى حقوق يكسبها الشخص باعتباره عضوا فى هيئة سياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح ، وحقوق غير سياسية .

والحقوق غير السياسية تنقسم الى حقوق عامة ، وهى حقوق قررت لحماية الشخص فى نفسه وحريته وماله ، كحق الحياة والحرية وحرمة الملكية ، وحقوق مدنية .

والحقوق المدنيـة تنقسم الى حقوق الأسرة ، وهى الحقوق التى تقدم ذكرها وتنشأ عن الزواج والنسب ، وحقوق مالية .

والحقوق المالية تنقسم الى حقوق عينية وحقوق شخصية . وهذا هو التقسيم الجوهرى الذى نقف عنده .

٥٢ — الحق العينى والحق الشخصى (droit réel et droit personnel) :

الحق العينى سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين. والحقوق العينية محصورة فى القانون ، وهى الملكية ، وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال ، وحقوق الارتفاق ، وحق الحكر ، وحق المستحق فى الوقف وهذه حقوق عينية أصلية — وحق الرهن بنوعيه من حيازة ورسمى ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وحق الحبس — وهذه حقوق عينية تبعية .

أما الحق الشخصى ، أو الالتزام ، فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا يمكن حصر الالتزامات بذواتها كما تحصر الحقوق العينية ، وإنما تحصر الالتزامات بمصادرها .

أوجه التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي

وكل من الحق العيني والحق الشخصي سلطة للشخص على المال، ولكن السلطة في الحق العيني تنصب مباشرة على المال دون وساطة مدين معين ، أما السلطة في الحق الشخصي فتتصل بالمال بطريق غير مباشر وبوساطة مدين معين . ولما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أي شخص انتقلت اليه ملكيته . وله أيضا حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين (droit de préférence) في تقاضي حقه من الشيء ، فأن هؤلاء ليست لهم الا سلطة غير مباشرة على الشيء .

وسيكون كلامنا في المعاملات المالية مقسما على بابين : الباب الأول في الحقوق العينية ، والباب الثاني في الحقوق الشخصية أو الالتزامات .

ونقول كلمة قبل ذلك في الذمة المالية .

٥٣ — الذمة المالية (Patrimoine) :

تعريف الذمة المالية

يمكن تعريف الذمة المالية تعريفا مبدئيا بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . فالذمة المالية تتكون اذن من عنصرين : عنصر ايجابي وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبي وهو مجموع الالتزامات . وقد تكون الذمة المالية دائنة اذا زاد العنصر الايجابي على العنصر السلبي ، وقد تكون مدينة اذا كان الأمر عكس ذلك .

والأمر الجوهري في نظرية الذمة المالية هو أنها جعلت من حقوق

الشخص والتزاماته مجموعة واحدة (universalité) ، فأدماج كل الحقوق وكل الالتزامات فى هذه المجموعة هو الشيء الجديد ، الذى نستقصى أصله التاريخى ، وتعليله المنطقى ، ونتائجه القانونية .

اصلها التاريخى

أما الأصل التاريخى فيرجع الى القانون الرومانى ، اذ كان هذا القانون فى مرحلة أولى من مراحل تطوره ، لا يجعل للدائن سبيلا على مال المدين ، بل يقصر سلطة الدائن على جسم مدينه . ثم يسوغ فى مرحلة ثانية ، استيلاء الدائن على أموال مدينه الغائب . ويرخص ، فى مرحلة ثالثة ، أن يعامل المدين الحاضر معاملة المدين الغائب ، فيحجز الدائن على مال المدين كله كمجموعة واحدة ، ولا يحجز على عين معينة بالذات . ومن هنا وجدت الفكرة التى تقضى بادماج مال المدين فى مجموعة لا تتجزأ .

تعليلها المنطقى

وأما التعليل المنطقى لادماج مال المدين فى مجموعة ، وجعل هذه المجموعة هى المسئولة عن التزامات للدين ، دون أن تتخصص لهذه المسئولية عين معينة بالذات ، فيرجع فى نظرنا الى طبيعة الالتزام الشخصى . ولبيان ذلك نفرض أن مال المدين ينحصر فى أرض ودار وسيارة . فاذا قلنا أن الدائن يتركز حقه على الأرض بالذات أو على الدار بالذات أو على السيارة بالذات ، فأن ذلك يقتضى أن ينقلب الحق الشخصى الى سلطة مباشرة تنصب على عين معينة بالذات ، أى أن الحق الشخصى ينقلب الى حق عينى ، وهذا لا ينبغى أن يكون . يجب اذن أن نترك فكرة تركز الحق الشخصى فى عين معينة بالذات ، لأن هذه الفكرة تقلب الحق الشخصى الى حق عينى . فليس أمامنا الا أن ننظر الى مال المدين نظرة أخرى ، لا باعتباره أعيانا معينة بالذات ، بل نظر اليه باعتباره مجموعة من

المال ، وهذه المجموعة تفنى فيها كل هذه العناصر المكونة لها ، وتتميز ذاتية هذه المجموعة عن ذاتية كل عين معينة بالذات . وخير مثل لذلك هو الشخص المعنوى ، يجمع طائفة من الأشخاص الطبيعيين ، ولكن هذه الأشخاص تفنى جميعا فى شخص معنوى واحد ، ذاتيته مستقلة عن ذاتية كل فرد ، وقد يزيد عدد الأشخاص الطبيعيين وقد ينقص ، فلا يؤثر ذلك فى الشخص المعنوى. كذلك هذه المجموعة من المال تفنى فيها الأعيان المعينة بالذات ، ولا تتغير ذاتيتها بتغير هذه الأعيان . فعند ما نصور الأمر على هذا النحو ، وعند ما نقول أن للمدين مجموعة من المال ينظر اليها كمجموعة تفنى فيها كل الأموال المعينة بالذات وتستقل ذاتيتها عن ذاتية كل عين فى هذه المجموعة نكون بذلك قد وضحنا المعنى المراد من « الذمة المالية » .

نتائجها القانونية

ونظرية الذمة المالية من النظريات التى يمكن أن نتعقب أصولها فى القانون الرومانى كما قدمنا ، ولكنها صيغت صياغة فنية كاملة فى القرن التاسع عشر ، على يد فقيهين فرنسيين هما أوبرى ورو (Aubry et Rau). وقد رتب الفقيهان على هذه النظرية نتائجها القانونية فيما يأتى : (أولا) كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية ، ولا يهم أن الشخص يملك أعيانا معينة بالذات أو لا يملك ، فليست الذمة المالية هى هذه الأعيان المعينة بالذات . وما دام الشخص قابلا من الناحية القانونية أن يتملك ، فله ذمة مالية . (ثانيا) كما أن لكل شخص ذمة مالية ، كذلك كل ذمة مالية يجب أن تستند الى شخص . وكما لا يمكن أن نتصور شخصا دون أن تكون له ذمة مالية ، كذلك لا يمكن أن نتصور ذمة مالية معلقة دون أن يكون لها شخص تستند اليه . (ثالثا) لكل شخص ذمة مالية واحدة

لا تتعـدد ولا تتجزأ . اذ ما دام كل ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات يندمج فى مجموعة واحدة فلا يتصور تعدد هذه المجموعة أو تجزئتها .

هدم بعض النتائج

وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة طوال القرن التاسع عشر . ثم عمد الفقهاء أخيراً ، لا سيما الفقهاء الألمان ، الى هدمها . وهدموا نتيجتين من نتائجها الثلاث . سلموا بأن كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية . ولكنهم لم يسلموا بأن كل ذمة مالية لا بد أن تستند الى شخص ، فهذه هى المؤسسات (fondations) ليست الا ذمة مالية أو مجموعة من المال قائمة بذاتها لا تستند الى شخص ، بل هى نفسها الشخص . ومثل ذلك أيضا نظامان من نظم الشريعة الاسلامية هما الوقف والتركة قبل سداد الديون. ولم يسلموا كذلك بأن لكل شخص ذمة مالية لا تتعدد ، وذلك لان الشخص قد تكون فى ذمته مجموعتان من المال متميزتان ، كالوارث فى بعض الشرائع الغربية اذا قبل تركة مورثه بخيار الجرد (sous bénéfice d'inventaire) فانه يكون له بذلك ذمتان ماليتان ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التى انتقلت اليه و بقيت منفصلة عن ذمته .

الفكرة الجوهرية فى النظرية وما يترتب عليها

على أن هناك فكرة جوهرية فى نظرية الذمة المالية لا تزال قائمة هى ان الذمة المـالية مجموعة من المـال ذاتيتها مستقلة عن ذاتية كل عين من الأعيان ، وهذه المجموعة هى ضمان الدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) بما أن الذمة المالية هى ضمان الدائن ، فهى اذن ضمان لكل دائن ، فكل الدائنين الشخصيين متساوون فى ذلك ، ويقسمون أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء . (٢) بما أن الذمة المالية التى هى ضمان الدائن لها ذاتية مستقلة عن ذاتية كل عـين من أعيانها ، فانها تبـقى ضمانا للدائن حتى لو زادت

عناصرها الايجابية فيستفيد الدائن من ذلك ، وحتى لو نقصت هذه العناصر، فيضر بذلك . (٣) بما أن الذمة المالية هي مجموعة من المال ، فمن تلقى هذه المجموعة أو جزءاً منها يعتبر خلفاً عاماً (ayant cause à titre universel) أما من تلقى عيناً معينة بالذات فيعتبر خلفاً خاصاً (ayant cause à titre particulier) . فالتمييز ما بين الخلف العام والخلف الخاص ، وهو تمييز له خطره في القانون ، قائم على فكرة ادماج المال في مجموعة لا تتجزأ .

الباب الأول

الحقوق العينية

٥٤ — تقسيم الموضوع :

قدمنا أن الحقوق العينية معينة على سبيل الحصر . لذلك نستعرضها أولا لنتبين نطاق هذه الحقوق ، ثم نرى الطرق المختلفة لكسبها .

الفصل الأول

نطاق الحقوق العينية

٥٥ — الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية :

وتنقسم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية . ذلك أن الحق العينى قد يكون حقا قائما بذاته لا يتبع حقا آخر ، كحق الملكية وحقوق الارتفاق ، وقد يكون حقا مقررا لضمان حق آخر يتبعه وجودا وعدما ، كحق الرهن وحقوق الامتياز .

المبحث الاول

الحقوق العينية الأصلية

٥٦ — تعداد هذه الحقوق :

الحقوق العينية الأصلية هى حق الملكية ، وهو أكبر الحقوق العينية وأوسعها نطاقا ، ثم الحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ، وهى حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق .

١ — حق الملكية

٥٧ — نطاق حق الملكية وقيوده :

تدرج الحقوق العينية

حق الملكية ، كما قدمنا ، هو أوسع الحقوق العينية نطاقا . وهو حق بمقتضاه يكون لشخص دون غيره استعمال شيء معين واستغلاله والتصرف فيه . فحق الملكية هو أكثر الحقوق العينية شمولا ، اذ يشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فاذا جرد منه حق التصرف وبقى حقا الاستعمال والاستغلال . انقلبت الملكية الى حق انتفاع . فاذا جرد من حق الانتفاع حق الاستغلال وبقى الاستعمال ، انقلب حق الانتفاع الى حق استعمال . فاذا قيد الاستعمال بوجه معين ، وكان هذا الوجه فائدة مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر ، صار هذا حق ارتفاق . ومن ذلك نرى تدرج الحقوق العينية من السعة الى الضيق : أكثرها اتساعا هو حق الملكية ، فحق الانتفاع ، فحق الاستعمال ، فحق الارتفاق .

حق الملكية حق دائم

وحق الملكية يمتاز عن سائر الحقوق العينية بأنه حق دائم لا ينقضى . قد ينتقل من شخص الى آخر ، حال حياة المالك أو بعد موته ، ولكن الحق نفسه هو الذى ينتقل ، لا حق جديد آخر ، فهو يتأبد بانتقاله .

تبرير حق الملكية

ولا يمكن تبرير حق الملكية ، بهذا التأبيد ، الا على أساس أنه ثمرة العمل . فالعامل ينال جزاء عمله ما لا يكون له حق ادخاره ، ويصبح ملكا مؤبدا له بهذا المعنى .

قيود حق الملكية

على أن حق الملكية ليس حقا مطلقا ، اذ يرد عليه قيود شتى ، يمكن حصرها فى أنواع ثلاثة : (أولا) القيود القانونية ، وهذه يقررها القانون للمصلحة العامة ، كما فى القيود المقررة لتنظيم المدن والقيود المتعلقة بالمحال

المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . (ثانيا) القيود القضائية ، وهذه يحد بها القضاء من اطلاق حق الملكية ، فيوجب على المالك ألا يسىء استعمال ملكه ، ويدخل هذا فى نظرية التعسف فى استعمال الحق (théorie de l'abus du droit) . (ثالثا) القيود الاتفاقية . وهذه يتفق عليها عادة بين طرفين ، أحدهما ينقل ملكيته للآخر ، ويشترط عليه عدم جواز التصرف (clause d'inaliénabilité) . وشرط عدم جواز التصرف يعتبر صحيحا اذا كان موقتا وله مسوغ شرعى .

٥٨ — أنواع الملكية :

الملكية المادية :
الملكية المفرزة
الملكية الشائعة
الملكية المشتركة

يمكن تقسيم الملكية تقسيما أوليا الى ملكية مادية وملكية معنوية .

وتنقسم الملكية المادية الى ملكية مفرزة وملكية شائعة وملكية مشتركة . فالملكية المفرزة تنصب على شىء معين مفرز تخلص ملكيته لشخص معين . والملكية الشائعة تنصب على جزء شائع من شىء معين ، النصف أو الربع مثلا ، تخلص ملكيته لشخص معين . والشيوع حالة غير مرغوب فيها لأنها تشل كثيرا من نشاط المالك ، اذ يتوقف كثير من تصرفاته على أجازة شركائه فى الشيوع أو على نتيجة القسمة ، لذلك أباح القانون لكل شريك فى الشيوع أن يطالب شركاءه بالقسمة ، ولا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات . أما الملكية المشتركة فلا تنصب على جزء مفرز أو جزء شائع تخلص ملكيته لشخص معين ، بل المال المملوك ملكية مشتركة يكون ملك كل الشركاء مجتمعين ، وليس لواحد منهم منفردا حق ما على الشىء المملوك أو على جزء شائع منه أو مفرز .

الملكية المعنوية

ويراد بالملكية المعنوية الملكية الأدبية والفنية والصناعية Propriété

(littéraire, artistique et industrielle) وهى حق المؤلف فى مؤلفاته ، وحق الفنان فى منتجاته الفنية كالرسم والتصوير والنحت والموسيقى والتلحين ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية . وليس المقصود بهذه الملكية المعنوية حقا واقعا على شىء مادى ، فحق المؤلف الذى نقصده هنا هو حقه فيما صدر عنه من أفكار ومعان ، لا حقه فى نسخة أو نسخ معينة من مؤلفاته . ونعنى بحقه فى الأفكار والمعانى التى صدرت عنه حق استغلال ذلك استغلالا ماليا بالنشر أو الترجمة أو غير ذلك . ويحمى كثير من الشرائع الغربية الملكية المعنوية بمختلف أنواعها ، ويحدد لصاحبها مدة معينة يتمتع فيها بملكيته ، تكون عادة طول حياته ومن بعد موته ينتقل الحق الى ورثته مدة تتراوح بين سبع سنوات وخمسين . فحق الملكية المعنوية يكون بهذا الاعتبار حقا موقوتا لا دائما كحق الملكية المادية . أما فى مصر فلم يصدر حتى الآن تشريع ينظم الملكية المعنوية . ولكن القضاء يحمى هذه الملكية ويستند فى حمايتها الى قواعد العدالة والقانون الطبيعى .

٢ — حقوق الانتفاع

٥٩ — تعداد هذه الحقوق :

نريد بحقوق الانتفاع : (١) حق الانتفاع (٢) حق الاستعمال (٣) حق السكنى (٤) حق الحكر (٥) حق المستحق فى الوقف .

٦٠ — حق الانتفاع :

تعريف حق الانتفاع

حق الانتفاع كما عرفه القانون المصرى هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله .

حقوق المنتفع

فحقوق المنتفع تتضمن أذن : (١) استعمال الشىء فيما وضع له ، فأذا

كان منزلا كان له سكناه ، واذا كان أرضا زراعية فله زراعتها الزراعة المتادة ، واذا كان سيارة كان له أن يركبها الركوب المتاد وهكذا .

(٢) استغلال الشيء وذلك بالحصول على ثمرته . والثمرة قد تكون طبيعية كمحصولات الأرض الزراعية وقد تكون مدنية كأجرة الأرض والمنزل .

وليس للمنتفع أن يتصرف الا فى حق الانتفاع . أما رقبة العين المنتفع بها فليست له ، بل هى للمالك .

انقضاء حق الانتفاع

وينقضى حق الانتفاع بطرق مختلفة أهمها : (١) انقضاء المدة المحددة (٢) ترك المنتفع حقه (٣) موت المنتفع ، وذلك لأن حق الانتفاع لا ينتقل الى الورثة .

ومتى انقضى حق الانتفاع ، فان مالك الرقبة يصبح مالكا للعين ملكية تامة .

٦١ — حق الاستعمال وحق السكنى :

وقد ينحصر حق الانتفاع فى حق الاستعمال أو فى حق السكنى .

حق الاستعمال

فحق الاستعمال يشمل استعمال الشيء فيما وضع له ، وكذلك الحصول على غلته الطبيعية . ويمتنع الحصول على الغلة المدنية ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال استغلال الشيء بايجاره .

حق السكنى

أما حق السكنى فمقصور على الانتفاع بمحلات السكنى بالسكن فيها ، ولا يجوز الانتفاع بغير السكن . كذلك لا يجوز الاستغلال . والمظهر العملى لحق السكنى هو أن يوصى شخص لأفراد اسرته بسكنى منزل الأسرة طول حياتهم .

وكل من حق الاستعمال وحق السكنى ينقضى بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الانتفاع .

٦٢ — حق الحكر :

تعريف الحكر

وحق الحكر حق عينى يثبت بمقتضى عقد أيجار بين مالك العقار والمحتكر . ويكون الأيجار الى الأبد أو الى مدة طويلة فى مقابل أجرة المثل .

العقار المحتكر

والعادة أن العقار المؤجر يكون وقفا مخربا ولا يكفى ريعه لتصليحه ، ولا يمكن استبداله ، فيلجأ ناظر الوقف الى تحكيره بعد أخذ أذن القاضى . ولكن يجوز أيضا أن يكون الحكر موضوعه عقار غير موقوف .

حقوق المحتكر والتزاماته

والمحتكر ينتفع بالعقار الى الأبد أو طول المدة المعينة ، وله أن يحدث تصليحات فى العقار . ويلتزم بدفع الأجرة ، وهى زهيدة فى العادة . وتختلف الاجرة زيادة ونقصا حسب ارتفاع أو نزول سعر ايجار الأرض المحتكرة ، بقطع النظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحسينات ، لأن أجرة الحكر هى دائما أجرة المثل .

٦٣ — حق المستحق فى الوقف :

حق على العين الموقوفة وحق فى ذمة الناظر

ويمكن تكييف حق المستحق فى الوقف بأنه حق عينى . ويجب أن نميز بين حق المستحق على العين الموقوفة ، وهذا هو الحق العينى ، وبين حقه فى ذمة ناظر الوقف ، وهذا حق شخصى . الحق الأول حق لا يجوز للمستحق أن يتنازل عنه أو أن يرهنه ، ويبقى ثابتا له مدى الحياة . أما الحق الشخصى الثابت فى ذمة ناظر الوقف فيجوز التنازل عنه ورهنه .

المقارنة بين حق المستحق فى الوقف وحق الانتفاع

ونقارن بين الحق العينى للمستحق فى الوقف وبين حق الانتفاع مقارنة موجزة : (١) فالمستحق فى الوقف بخلاف المنتفع ليس له أن يستعمل العين الموقوفة باعتباره مستحقا ، وليس له أن يستغلها بنفسه . بل كل ما له هو أن يستغل العين من طريق ناظر الوقف ، ويحصل على غلتها حقا شخصيا فى

فى ذمة الناظر . (٣) يبقى حق المستحق فى الوقف طول حياته ، أما حق المنتفع فقد يبقى طول الحياة وقد ينقضى قبل ذلك .

٣ — حقوق الارتفاق

٦٤ — تعريف الارتفاق والمقارنة بينه وبين حق الانتفاع :

تعريف الارتفاق

حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر .

مقارنة بين حق الانتفاع وحق الارتفاق

ويختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع بما يأتى : (١) حق الارتفاق لا يكون الا لعقار معين أيا كان مالك هذا العقار . أما حق الانتفاع فيكون لشخص معين . (٢) أما حق الانتفاع فيقع على العقار والمنقول (٣) حق الارتفاق قد يكون دائما وقد يكون مؤقتا . أما حق الانتفاع فلا يكون الا موقتا ، ينقضى حتما بموت المنتفع .

٦٥ — تقسيم حقوق الارتفاق :

تنقسم حقوق الارتفاق :

مستمرة وغير مستمرة

(أولا) الى حقوق ارتفاق مستمرة وحقوق ارتفاق غير مستمرة (Servitudes continues et discontinues). فحق الارتفاق المستمر هو الحق الذي يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق المطل ، وحق المجرى وحق الارتفاق غير المستمر هو الحق الذى لا يمكن استعماله دون تدخل الانسان، كحق المرور .

ظاهرة وغير ظاهرة

(ثانيا) الى حقوق ارتفاق ظاهرة ، وحقوق ارتفاق خفية (Servitudes apparentes et non apparentes) فحق الارتفاق الظاهر هو الحق الذى تدل عليه علامة مادية ظاهرة، كحق المجرى . وحق الارتفاق غير الظاهر هو الحق الذى لا تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحقوق الارتفاق السلبية .

ايجابية وسلبية

(ثالثاً) الى حقوق ارتفاق ايجابية وحقوق ارتفاق سلبية (Servitudes positives et négatives) فحق الارتفاق الايجابي يتضمن أعمالا ايجابية تقع على العقار المرتفق به ، كحق المرور . وحق الارتفاق السلبي لا يتضمن أعمالا ايجابية ، بل ينحصر في الكف عن عمل ، كحق الارتفاق في عدم البناء على الأرض المرتفق بها ، أو الحق في عدم الارتفاع بالبناء الا الى حد معين .

المبحث الثاني

الحقوق العينية التبعية

٦٦ — حصر هذه الحقوق :

تنحصر هذه الحقوق فيما يأتي : (١) رهن الحيازة (٢) الرهن الرسمي (٣) حق الاختصاص (٤) حقوق الامتياز (٥) حق الحبس .

١ — رهن الحيازة والرهن الرسمي

٦٧ — ما يشترك فيه الرهنان :

يتم كل منهما بعقد

كل منهما حق عيني

قيمة كل حق

يشترك الرهنان فيما يأتي : (١) يتم كل منهما بعقد بين الراهن ، وهو صاحب العين المرهونة ، والدائن المرتهن . (٢) يولد العقد في الحالتين حقا عينيا للدائن المرتهن على العين المرهونة . (٣) قيمة هذا الحق العيني في الحالتين أن يستوفي الدائن حقه من ثمن العين بعد بيعها في المزاد ، متقدما في ذلك على سائر الدائنين ، اذا لم يستوف هذا الحق من المدين عند حلوله

٦٨ — ما يختلف فيه الرهنان :

الكتابة الرسمية

ويختلف الرهنان فيما يأتي : (١) عقد رهن الحيازة (nantissement)

ليس عقدا رسميا ، أما عقد الرهن الرسمى (hypothèque) فلا يتم الا بكتابة رسمية أمام الموظف المختص . (٢) فى رهن الحيازة تنتقل حيازة العين المرهونة الى الدائن المرتهن ، أما فى الرهن الرسمى فلا تنتقل الحيازة ، بل تبقى عند الراهن (٣) رهن الحيازة يقع على العقار والمنقول، أما الرهن الرسمى فلا يقع الا على العقار (٤) رهن الحيازة يجب تسجيله (transcription) ، أما الرهن الرسمى فيجب قيده (inscription) . والفرق بين التسجيل والقيد أن التسجيل هو نقل صورة كاملة من العقد ، أما القيد فيقتصر مع ذكر البيانات الجوهرية الواردة فى العقد . (٥) فى رهن الحيازة يستولى الدائن على غلة الشىء المرهون على أن يخصمها من المصاريف والفوائد والدين، أما فى الرهن الرسمى فلا يستولى الدائن على الغلة.

الحيازة

المنقول والعقار

التسجيل والقيد

غلة الشىء المرهون

٦٩ — تطور فكرة الرهن .

ولم يكن الرهن فى القديم معروفا على هذا النحو . بل كان المدين اذا قدم رهنا نقل ملكية الشىء الى الدائن المرتهن نقلا تاما ، واقتصر على الحصول منه على وعد برد الملكية اليه اذا وفى بالدين . ثم ظهر البيع الوفائى ، وفيه تنتقل الملكية من المدين الى الدائن ، فأذا وفى المدين بالدين فسخ العقد من تلقاء نفسه وعادت ملكية الشىء الى المدين . ثم اظهر رهن الحيازة ، وفيه لاتنتقل الملكية أصلا الى الدائن ، ولكن تنتقل الحيازة . ثم ظهر الرهن الرسمى وفيه لا تنتقل الملكية ولا الحيازة من المدين الى الدائن .

٢ — حق الاختصاص
(DROIT D'AFFECTATION)

٧٠ — كيف ينشأ :

اذا حصل الدائن على حكم بالدين وخشى قبل أن يتمكن من التنفيذ بالحكم على عقار مملوك للمدين أن يبادر غيره من الدائنين الى التنفيذ أو أن

يعمد المدين الى التصرف فى العقار،فانه يستطيع فى هذه الحالة أن يستصدر أمرا من المحكمة بأخذ اختصاص على العقار المذكور،ويقيد هذا الاختصاص بمجرد صدور الأمر به .

٧١ — قيمة حق الاختصاص :

ويكون للدائن الذى حصل على حق اختصاص على عقار مدينه نفس حقوق الدائن المرتهن . فحق الاختصاص اذن هو رهن رسمى ، ولكن مصدره القضاء لا العقد .

٣ — حقوق الامتياز
(PRIVILÈGES)

٧٢ — الامتياز يرجع الى طبيعة الدين :

هناك ديون معينة يرعاها القانون رعاية خاصة ، لاعتبار يرجع الى صفة فى الدين لا الى صفة فى الدائن . فيجعل هذه الديون ممتازة ، يستوفيها الدائنون متقدمين على غيرهم .

٧٣ — أقسام حقوق الامتياز :

وحقوق الامتياز على ثلاثة أقسام :

امتياز عام

(أولا) حقوق الامتياز العامة ، وهذه تتناول جميع أموال المدين المنقولة والعقارية . ومن الديون التى لها امتياز عام المصاريف القضائية والضرائب .

امتياز خاص على منقول

(ثانيا) حقوق الامتياز الخاصة على المنقول ، وهذه تنحصر فى منقول معين . مثل ذلك أجرة العقار ممتازة على المفروشات والمحصولات ، وثمن المنقول المبيع ممتاز على هذا المنقول ، والديون المستحقة لأصحاب الفنادق ممتازة على الأمتعة المودعة بالفنادق .

امتياز خاص على عقار

(ثالثا) حقوق الامتياز الخاصة على العقار ، وهذه تنحصر فى عقار

معين . مثل ذلك ثمن العقار المبيع ممتاز على هذا العقار ، ورجوع الشريك على شريكه بعد القسمة مضمون بامتياز المتقاسم .

٧٤ — مقارنة بين الرهن والاختصاص والامتياز :

يتبين مما تقدم أن الرهن مصدره العقد ، والاختصاص مصدره القضاء ، والامتياز مصدره القانون .

٤ — حق الحبس

٧٥ — تعريف وأمثلة :

حق الحبس هو حق يثبت للدائن فى حبس عين مملوكة للمدين حتى يستوفى الدين .

ومن أمثلة حق الحبس حق البائع فى حبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن ، وحق من قام بمصروفات ضرورية أو نافعة على شىء مملوك للغير فى حبس هذا الشىء حتى يسترد ما صرفه .

الفصل الثانى

طرق كسب الحقوق العينية

٧٦ — حصر هذه الطرق :

الحقوق العينية التبعية

أما الحقوق العينية التبعية فقد رأيناها كيف تكسب : الرهنان بالعقد ، وحق الاختصاص بالقضاء ، وحقوق الامتياز وحق الحبس بالقانون .

الحقوق العينية الاصلية

بقيت الحقوق العينية الأصلية ، وهذه نص القانون المدنى المصرى على أنها تكسب بالأسباب الآتية : العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، الاستيلاء ، الالتصاق ، الشفعة ، التقادم .

ويمكن أن نرتب هذه الأسباب ترتيبا منطقيا على الوجه الآتى :

من هذه الاسباب ماهو سبب ملكية أصلية ، أى ملكية لم تسبق لأحد من قبل ، وهذا هو الاستيلاء . وبقية الأسباب هى أسباب ملكية مكتسبة ، أى ملكية انتقلت من شخص الى آخر . وهذه بعضها تنقل به الملكية بعد الموت (mortis causa) ، الميراث والوصية ، والبعض الأخر تنتقل به الملكية حال الحياة (inter vivos) . والأسباب الأخيرة بعضها عمل قانونى (acte juridique) ،العقود والهبة ، والبعض الأخر عمل مادى (acte materiel) ، الاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم .

وبعض هذه الأسباب سبق أن استعرضناها فيما تقدم ، وهى الميراث والوصية والهبة . ونرجىء الكلام فى العقود الى مكانها فى الحقوق الشخصية .

يبقى أن نذكر كلمة موجزة عن الاستيلاء (occupation) ، والالتصاق (accession) والشفعة (préemption) والتقادم (prescription) .

١ — الاستيلاء

٧٧ — الاستيلاء على المنقول :

الإستيلاء هو وضع اليد على شىء لا مالك له بنية تملكه ، واضع اليد فى الحال .

وقد يقع على منقول أو على عقار .

السمك والطير والكنوز

مثل استيلاء على المنقول صيد السمك فى البحر والطير فى الهواء ، والعثور على كنز فى ارض لا مالك لها .

٧٨ — الاستيلاء على المنقول :

الارض المباحة

ويمكن الاستيلاء على العقار كذلك ، ولا يكون ذلك الا فى الأرض المباحة ، وهى الأرض التى لا تملك ملكية خاصة للأفراد أو للدولة ، ولا تملك ملكية عامة للدولة . مثل ذلك الجبل والصحراء .

ويكون الاستيلاء على الأرض المباحة بوضع اليد عليها وتعميرها ، وذلك بالبناء عليها أو بزرعها ، فيصبح واضع اليد مالكا فى الحال للأرض التى عمرها ، بشرط ألا ينقطع خمس سنوات عن التعمير فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لوضع يده عليها .

٢ — الالتصاق

٧٩ — تعريف الالتصاق وأقسامه :

تعريفه

الالتصاق هو اتصال عين بعين أخرى اتصالا ماديا ، فيملك صاحب العين الأصلية العين الملحقة التى اتصلت بملكه .

أقسامه

والالتصاق قد يكون اتصال عقار بعقار ، وقد يكون اتصال منقول بمنقول ، وقد يكون اتصال منقول بعقار .

٨٠ — التصاق العقار بالعقار :

طمى النهر

مثل ذلك طمى النهر . فما يحدث منه بالتدريج ، ملتصقا بأرض دون أن يكون بينهما فاصل ، يكون ملكا لصاحب هذه الأرض .

٨١ — التصاق المنقول بالمنقول :

الامتزاج

وذلك كامتزاج السوائل ، فيملك صاحب المال الأكبر قيمة المال الأقل ، ويرد لصاحب هذا المال قيمته .

٨٢ — التصاق المنقول بالعقار :

ويكون ذلك بالبناء على أرض الغير دون اتفاق سابق . والقاعدة أن مالك الأرض يملك البناء .

الباني صاحب الارض

وقد يكون الباني هو صاحب الأرض وقد بنى بمهمات وأدوات غيره ،

فيعوض هذا الغير عن قيمة هذه المهمات والأدوات .

الباني صاحب المهمات

وقد يكون البانى هو مالك للمهمات والأدوات، وقد بناهـا فى أرض غيره ، فصاحب الأرض يصبح مالكا للبناء ، ويعوض البانى . ويختلف التعويض بحسب ما اذا كان البانى حسـن النية أو سيء النية . فان كان حسن النية فصاحب الأرض مخير بين أن يدفع له تكاليف البناء أو ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء . أما اذا كان البانى سيء النية ، فصـاحب الأرض مخير بين الزام البانى بهدمها ،ورد الأرض الى أصلها ، و بين ابقـاء البناء وتعويض صاحبه الأقل من قيمة الأنقاض أو ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء .

٣ — الشفعة

٨٣ — تعريف الشفعة :

التعريف

الشفعة هى الحق فى تملك العقار المبيع على المشترى بالثمن الذى دفعه.

الحكمة

والحكمة فى الشفعة منع ضرر الجوار .

٨٤ — شروط الأخذ بالشفعة :

يؤخذ بالشفعة متى توافرت الشروط الآتية :

التجاور او الشيوع

(١) أن يكون هناك عقـاران متجاوران (والجوار فى الأراضى المعدة للبناء يكفى أن يكون من جهة واحدة ، وفى الأراضى الأخرى يجب أن يكون الجوار من جهتين ، وأن تكون الأرض المشفوع بها تساوى نصف ثمن الأرض للشـفوع فيها على الأقل) . أو أن يكون هناك عقار واحد مملوك لعدة شركاء على الشيوع .

البيع

(٢) أن يبيع مالك أحد العقارين المتجاورين ، أو أحد الشركاء فى العقار المملوك على الشيوع ، ما يملكه .

المطالبة بالشفعه

(٣) أن يطالب مالك العقار الأخر ، أو الشريك فى الشيوع ، بالشفعة ، باعلان يوجهه لكل من البائع وللمشترى فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع ، أو فى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

٨٥ — كيفية الأخذ بالشفعة :

التراضى

التقاضى

فمتى تم ذلك ، فللشفيع الحق فى تملك العقار المشفوع فيه بالثمن والمصاريف التى دفعها المشترى ، فان تراضيا على ذلك تم الأخذ بالشفعة . والا فعلى الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع وللمشترى معاً أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الأعلان الذى طلب فيه الشفعة . والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

٤ — التقادم

٨٦ — حكمة التقادم :

التقادم الطويل .

اذا وضع شخص يده على عين ، وبقى واضعا يده مدة خمس عشرة سنة ، وهو يتصرف فى العين تصرف الملاك علنا ، فأن الأمر لا يخلو من أحد فرضين :

(١) أما أن يكون هذا الشخص واضع اليد هو المالك الحقيقى للعين ، فيجب أن تترك له العين دون أن يطالب بأثبات ملكيته ، مادام قد أثبت أنه قد وضع يده على العين هذه المدة الطويلة ، حتى لا يضطر الى الاحتفاظ بمستندات الملكية الى مدة تزيد على خمس عشرة سنة .

(٢) وأما أن يكون غير مالك للعين ، ولكنه نوى تملكها وظهر أمام الناس فى مظهر المالك ، وبقى هذه المدة الطويلة محافظا على هذا المظهر .

فنى هـذه الحالة تترك له العين كذلك لسببين : (أولا) لأن الناس قد اطمأنت الى هذا المركز المستقر فى تعاملها مع واضـع اليد . (ثانيا) لأن المالك الحقيقى ملوم اذ قصر طول هذه المدة بتركه العين المملوكة له فى يد مغتصب .

التقادم القصير

فاذا كان واضع اليد لم يغتصب العين اغتصابا ، بل اشتراها من غير مالك ، وهو يعتقد بحسن نية أن البائع هو المالك ، فيكفى أن يبقى واضعا يده على العين ، اذا كانت عقارا ، خمس سنوات حتى يتملكها .

الحيازة فى المنقول سند الملكية

فاذا كانت العين منقولا فأنه يتملكها بمجرد حيازته لها ، وهـذا ما يعـبر عنه بالقاعدة المعروفة : « الحيـازة فى المنقول سـند الملـكية » (En fait de meubles, la possession vaut titre). وذلك ما لم تكن العين المنقولة مسروقة أو ضائعة ، فنى هـذه الحالة لا يتملكها واضع اليد فى الحال ، بل يجوز للمالك الحقيقى استردادها فى مدة ثلاثة سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، وعليه أن يرد لواضع اليد ثمنها اذا كان هـذا الأخير قد اشتراها من سوق عمومى أو من شخص يتعامل فى مثل هـذه المنقولات .

الباب الثانى

الحقوق الشخصية أو الالتزامات

٨٧ — تقسيم الموضوع :

سبق أن عرفنا الحق الشخصى أو الالتزام ، وبينا أن الالتزامات لا تحصر بذواتها ، كما تحصر الحقوق العينية ، بل تحصر بمصادرها . ونحن فى كلامنا فى الالتزامات نستعرض بايجاز مصادر الالتزامات ثم أحكامها .

الفصل الأول

مصادر الالتزام

٨٨ — مصادر الالتزام :

يذكرون عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) وشبه العقد (quasi-contrat) والجريمة (délit) وشبه الجريمة (quasi-délit) والقانون (loi) .

فالعقد هو توافق أرادتين على انشاء التزام ، كعقد البيع ، يتفق فيه البائع والمشترى على انشاء التزامات ، منها ماهو فى جانب البائع ، كالالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو فى جانب المشترى ، كالالتزام بدفع الثمن والمصاريف .

وشبه العقد هو عمل اختيارى مشروع ، ينشأ عنه التزام للغير ، وقد ينشأ عنه أيضا التزام مقابل فى جانب ذلك الغير . مثل ذلك الفضولى ،

فهو يقوم مختارا بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر فى العمل الذى بدأه ، وأن يقدم حسابا عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختيارى المشروع الذى قام به الفضولى . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر فى جانب رب العمل ، فيلتزم هذا ، فى حالة ما اذا أحسن الفضولى القيام بالعمل الذى أخذه على عاتقه ، بأن يرد ما أنفقه الفضولى من مصاريف ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده من التزامات ، سواء كان باسمه خاصة أو باسم رب العمل ، فى سبيل القيام بمهمته .

والجريمة هى عمل ضار ، يأتيه فاعله متعمدا الأضرار بالغير ، فيلتزم بتعويض الضرر الذى احدثه . كما اذا أتلف شخص عمدا مالا مملوكا للغير ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام فى جانب فاعله بأن يعوض عن المال الذى أتلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها فى أنه غير مصحوب بنية الأضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن اهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما فى الجريمة ، فاذا سار شخص فى سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصا فى الطريق ، فأنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذى أحدثه .

والقانون قد يكون أخيرا مصدرا للالتزام ، فينشئه فى حالات معينة ، كما فى التزامات أفراد الأسرة بعضها للبعض الآخر ، من نفقة ورضاعة وحضانة ووصاية وقوامة الى غير ذلك ، وكما فى التزامات الجار نحو جاره .

٨٩ — نقد هذا الترتيب :

وهذا الترتيب مع سهولته الظاهرة منتقد . فشبه العقد لا يشبه العقد

فى شىء ، فهو ليس بعمل قانونى (acte juridique) ، بل هو عمل مادى (acte matériel) ، فهو اقرب الى الجريمة وشبه الجريمة منه الى العقد . ثم أنه لا فائدة من التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة فكلاهما عمل ضار يولد التزاما .

والترتيب الذى اتبعته القوانين الحديثة هو ما يأتى : العقد والارادة المنفردة والأثراء على حساب الغير والعمل الضار والقانون . وسنتناول بايجاز هذه المصادر ، فنستعرض العقد والارادة المنفردة فى مبحث ، ثم المصادر الأخرى غير التعاقدية فى مبحث آخر ، ولكن قبل ذلك نبحث فى أساس منطقى لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر الحقوق بوجه عام .

٩٠ — أساس منطقى لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر الحقوق بوجه عام :

الواقعة القانونية

اذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزام الى أساس منطقى ، أمكن القول أن كل أمر يقع ويترتب عليه أثر قانونى ، ومن الآثار القانونية توليد الالتزام ، يسمى واقعة قانونية (fait juridique) .

والواقعة القانونية اما أن تكون واقعة طبيعية لا ترجع لارادة الانسان ، واما أن تكون واقعة اختيارية ترجع لارادة الانسان .

الواقعة الطبيعية

مثل الواقعة الطبيعية البنوة تولد التزاما بالنفقة ، وهذا هو القانون .

الواقعة الاختيارية

العمل المادى

العمل القانونى

ثم أن الواقعة الاختيارية اما أن تكون عملا ماديا (acte matériel) أو عملا قانونيا (acte juridique) والعمل المادى اما أن يكون عملا نافعا وهذا هو الأثراء على حساب الغير ، أو عملا ضارا .

والعمل القانونى اما أن يكون صادرا من الجانبين ، وهذا هو العقد واما أن يكون صادرا من جانب واحد وهذه هى الارادة المنفردة .

المبحث الاول

العقد والارادة المنفردة

٩١ — تقسيم العقود :

رضائى وشكلى وعينى

ينقسم العقد الى عقد رضائى (consensuel) ، وهو الذى يتم بمجرد توافق الايجاب والقبول ، كالبيع والايجار . والى شكلى (solennel) ، وهو الذى لا بد فى تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من شكل خاص ، كالهبة والرهن الرسمى . والى عينى (réel) ، وهو الذى لا بد فى تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من تسليم العين ، كالوديعة والعارية ورهن الحيازة .

ملزم للجانبين وملزم لجانب واحد

وينقسم العقد كذلك الى عقد ملزم للجانبين (synallagmatique) وهو الذى يولد الالتزامات فى جانب كل من المتعاقدين ، كالبيع . والى عقد ملزم لجانب واحد (unilatéral) ، وهو الذى يولد التزامات فى جانب أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالوديعة . ويجب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانونى الملزم لجانب واحد ، فالعقد الملزم لجانب واحد هو عمل قانونى صادر من الجانبين ولكنه ملزم لجانب واحد .

معاوضة وتبرع

وينقسم العقد أخيرا الى عقد معاوضة (à titre onéreux) ، وهو الذى يأخذ فيه المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالبيع ، والى عقد تبرع (à titre gratuit) ، وهو الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالهبة .

٩٢ — ترتيب الموضوع :

ونتكلم أولا فى أركان العقد ، ثم فى أحكامه .

١ — أركان العقد

٩٣ — تعداد أركان العقد :

أركان العقد ثلاثة : (١) الرضاء (consentement) (٢) محل للالتزام (objet) (٣) سبب للالتزام (cause) .

٩٤ — الرضاء :

الرضاء يجب أن يكون موجودا وصحيحا .

وجود الرضاء : والرضاء يكون موجودا بالتعبير من ارادتين متوافقتين . فهناك تعبير من الارادة ، وتعدد الأرادة ، وتوافق بين الأرادتين .

التعبير عن الارادة : فالتعبير عن الارادة قد يكون صريحا (بالكتابة أو باللفظ أو بالاشارة أو باتخاذ موقف معين) أو ضمنيا أو سكوتا (كما فى قبول الهبة بالسكوت).

الارادة المنفردة : ولا بد من تعدد الأرادة . ومع ذلك فقد تولد الأرادة المنفردة الالتزام ، ولكنها لا تكون عقدا .

توافق الارادتين : ولا بد من موافقة القبول للايجاب موافقة تامة . ويتم العقد عند تمام هذه الموافقة . وفى العقد بالتراسل (correspondance) اختلفت الآراء ، فرأى يقول بأن العقد يتم عند اعلان القبول ، وآخر يذهب الى تصدير القبول ، وثالث الى استلام القبول ، ورابع الى العلم بالقبول .

صحة الرضاء : ويجب أن يكون الرضاء صحيحا . والرضاء غير الصحيح هو الصادر من ناقص الأهلية أو المشوب بعيب من عيوب الرضاء .

الاهلية : أما الأهلية فقد عرفناها فيما تقدم .

عيوب الرضاء : وأما عيوب الرضاء (vices du consentement) فهى الغلط والتدليس والأكراه والغبن .

الغلط : فالغلط (erreur) هو تصور الأمر على غير حقيقته . والغلط يعيب الرضاء ويبطل العقد اذا كان غلطا واقعا ، أى اذا كان غلطا لو تبينه من

وقع فيه لما أقدم على التعاقد . مثل ذلك شخص يشترى خاتما على أنه أثرى فيتبين أنه غير أثرى ، وشخص يهب آخر مالا وهو يظن أنه ابنه غير الشرعى فاذا به أجنبي عنه . فى المثل الأول يوجد غلط فى الشىء ، وفى المثل الثانى يوجد غلط فى الشخص .

التدليس

والتدليس (dol) هو استعمال طرق احتيالية لأيقاع التعاقد فى الغلط وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن يصطنع شخص عقود ايجار ليوهم بها من يشترى منه أرضا أن أجرة هذه الأرض مرتفعة .

الاكراه

والاكراه (violence) هو استعمال وسائل للضغط على ارادة المتعاقد واقتناص رضائه ، وذلك بتهديده بخطر حال يصيبه فى النفس أو فى المال . مثل ذلك تهديد شخص بالقتل اذا لم يوقع على عقد .

الغبن

والغبن فى القانون المصرى ليس بعيب فى الرضاء . ولا يطعن به الا فى عقد بيع صدر من قاصر على عقار يبيعه بما يقل عن $\frac{4}{5}$ قيمته . وفى هذه الحالة يكون للقاصر أن يطلب تكملة الثمن الى $\frac{4}{5}$ القيمة .

٩٥ — المحل :

ويشترط فى المحل أن يكون ممكنا ، موجودا ، معينا أو قابلا للتعيين ، وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب .

المحل ممكن

فالتعاقد على شىء غير ممكن باطل ، كما لو تعاقد محام مع موكله على رفع نقض فى قضية لا تقبل النقض ، وكما اذا باع شخص أرضا موقوفة .

المحل موجود

والتعاقد على شىء غير موجود باطل كذلك ، كما لو باع شخص منزلا ، ثم تبين أنه كان قد احترق قبل البيع . على أن التعاقد على شىء غير موجود حالا ، ولكنه سيوجد فى المستقبل ، صحيح ، كما لو باع مصنع قدرا من مصنوعاته على أن يصنعها بعد تمام البيع .

المحل معين أو قابل للتعيين

ويجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين . فاذا كان المحل عينه

معينة فلا بد أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة . واذا كان من المثليات فلا بد أن يكون قابلا للتعيين ببيان درجة جودته ومقداره عدا أو وزنا أو كيلا أو مقاسا .

الحل غير مخالف للنظام العام ولا للآداب

ويجب أخيرا أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام ولا للآداب . والنظام العام هو النظام الأعلى للمجتمع ، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفه ، كما لو اتفق المرشح مع الناخب على ان يبيعه صوته ، وكما لو اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال كذلك ، فكل هذه العقود باطلة لمخالفتها للنظام العام . ومثل العقود المخالفة للآداب أن يستأجر شخص منزلا للدعارة أو أن يتفق مع امرأة على معاشرتها مقابل مبلغ من المال .

٩٦ — السبب :

تعريف السبب

والسبب هو الغرض المباشر الذى يستوفاه المتعاقد من وراء التزامه .

السبب فى العقد الملزم للجانبين

وفى العقد الملزم للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو تنفيذ التزام المتعاقد الآخر . ففى عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل الملكية هو تنفيذ المشترى بوفاء الثمن ، وسبب التزام المشترى بوفاء الثمن هو تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية . ومن هنا وجد الارتباط والتقابل بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين .

الدفع بعدم التنفيذ

ويترتب على هذا الارتباط والتقابل : (١) اذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزام ، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع هو أيضا عن القيام بالتزامه ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ (exception non adimpleti contractus) (٢) اذا لم يقم احد المتعاقدين بالتزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب

الفسخ

فسخ العقد ولا يكتفى بالامتناع من تنفيذ التزامه ، وبذلك يتحلل نهائيا من الالتزام .

٢ — أحكام العقد

٩٧ — البطلان والقوة الملزمة :

حكم العقد أن تكون له قوة ملزمة . وقبل أن تكون له هـذه القوة يجب أن يكون صحيحا غير باطل . فنحن نتكلم فى البطـلان أولا ثم فى القوة الملزمة .

٩٨ — البطلان :

البطلان اما مطلق (nullité absolue) او نسبي (nullité relative).

البطلان المطلق

والبطلان يكون مطلقا اذا اختل ركن من أركان العقد ، بأن لم يكن الرضاء موجودا أو كان الرضاء صادرا من غير مميز ، أو كان المحل معدوما أو مستحيلا ، أو كان السبب معدوما أو غير مشروع الخ الخ .

البطلان النسبي

ويكون البطلان نسبيا فى حالتـين : (١) لنقص الأهليـة (٢) أو لعيب من عيوب الرضاء (الغلط والتدليس والأكراه) .

الفرق بينهما

والفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي : (١) العقد الباطل بطلانا مطلقا غير موجود حتى لو لم يطلب بطلانه ، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فموجود ويولد آثاره حتى يطلب بطـلانه . (٢) البطـلان المطلق يتمسك به كل من المتعاقدين وكل ذى مصلحة ، أما البطلان النسبي فلا يتمسك به الا المتعاقـد الذى تقرر البطلان فى مصلحتـه . (٣) البطلان المطلق لا تلحقـه الاجازة ، أما البطلان النسبي فيصححه أجازة من تقرر

البطلان فى مصلحته . (٤) البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، أما البطلان النسبي فيزول بالتقادم .

٩٩ — القوة الملزمة للعقد :

نسبية القوة الملزمة

فاذا تم العقد صحيحا كانت له قوة ملزمة . وهـذه القوة الملزمة نسبية بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع . فالنسبية للأشخاص معناها أن العقد لا يتعدى أثره الا الى المتعاقدين . والنسبية للموضوع معناها أن العقد لا يلزم ألا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه .

فالعقد لا يتعدى أثره الا للمتعاقدين ، ولهذه القاعدة شقان : (١) العقد يلحق أثره بالمتعاقدين (٢) العقد لا يتعدى أثره الى الغير .

العقد يلحق أثره بالمتعاقدين :

الورثة

أما ان العقد يلحق أثره بالمتعاقدين فظاهر . فالعقد يولد التزامات فى جانب كل من المتعاقدين أو فى جانب أحدهما ، ويعطى حقوقا لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، فالمتعاقدان هما اللذان يلحق بهما أثر العقد . ويلحق بالمتعاقدين الورثة والدائنون . فوارث البائع لا يرث العين التى انتقلت ملكيتها للمشترى ، ووارث المشترى يرث العين التى انتقلت ملكيتها لمورثه.

الدائنون

الدعوى البوليصية

ودائن البائع لا يستطيع أن ينفذ على العين التى باعها مدينه ، ويستطيع ذلك دائن المشترى . ومع ذلك لا يلحق الدائن أثر العقد اذا تعمد مدينه الأضرار به فتصرف متواطئا مع المشترى على هـذا الأضرار ،أو غير متواطىء اذا كان التصرف تبرعا . وفى هذه الحالة للدائن أن يطعن فى هذا التصرف بدعوى أبطال التصرفات (Action Paulienne) ، ويعتبر التصرف غير نافذ فى حقه .

العقد لا يتعدى أثره الى الغير

وأما أن العقد لا يتعدى أثره الى الغير ، فمعنى ذلك أن غير المتعاقدين لا يكسب حقا ولا يترتب فى ذمته التزام من عقد لم يكن طرفا فيه . ومع

الاشتراط لمصلحة الغير

ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui)، كما لو أمن شخص لمصلحة أولاده، فالمؤمن تعاقد مع شركة التأمين على أن تدفع هذه مبلغا من المال لأولاده بعد موته، ويسمى المؤمن مشترطا (stipulant)، وشركة التأمين متعهدا (promettant) والأولاد منتفعين (bénéficiaires)، ويلاحظ أن المنتفع يكسب حقا مباشرا من عقد لم يكن طرفا فيه، فاذا مات المؤمن استحق الاولاد مبلغ التأمين، لا على أنه حق أبيهم آل اليهم تركة، بل على أنه حقهم المباشر، وبذلك يخلص لهم هذا المبلغ، ولا ينفذ عليه دائنو التركة.

المسئولية التعاقدية

بقى أن العقد لا يلزم الا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه. وهذه هى المسئوليه التعاقدية (responsabilité contractuelle) فالملتزم بمقتضى العقد يجب أن ينفذ ما التزم به، الا اذا منعه من ذلك قوة قاهرة (force majeure) أو حادث فجائى (cas fortuit). واللفظان يستعملان عادة مترادفين.

القوة القاهرة والحادث الفجائى

وشروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أن يكون أمرا غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، كما لو حدث زلزال خرب منزلا مؤجرا، فلم يستطع المؤجر القيام بالتزامه نحو المستأجر. ففى هذه الحالة ينقضى التزام المؤجر.

نظرية الحوادث الطارئة

فاذا كان الحادث غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع، ولكنه لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، بل يبقيه ممكنا ولكنه يصبح مرهقا للمدين، كما لو قامت حرب ارتفعت على أثرها الأسعار فأرهق ذلك المتعهدين بتوريد أشياء ارتفعت أسعارها ارتفاعا فاحشا، ففى هذه الحالة لا ينقضى التزام المدين، بل ينقص أنقاصا يجعله غير مرهق. وهذه هى

نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) .

المبحث الثاني

المصادر غير التعاقدية

١ — العمل الضار

١٠٠ — شروط المسئولية التقصيرية أو العمل الضار :

توجد المسئولية التقصيرية (responsabilité délictuelle) اذا توافرت ثلاثة شروط : الخطأ (faute) ، والضرر (dommage) وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (lien de causalité) .

١٠١ — الخطأ :

معيار الخطأ

فالخطأ معياره ألا يتصرف الشخص تصرف الحازم الحكيم فى استعمال الرخص التى أباحها له القانون ، فيعتبر مقصراً . فمن قاد سيارته مسرعا أكثر مما ينبغى فدهس شخصا كان مقصرا ، وكذلك الطبيب الذى يسىء علاج المريض ، والصيدلى الذى يهمل فيخطىء فى صنع الدواء . وهكذا .

التعسف فى استعمال الحق

وكما يخطىء الشخص فى استعمال رخصة أباحها القانون ، كذلك يخطىء فى استعمال حق أعطاه القانون ، فيستعمل هذا الحق فى غير الغرض الذي أعطى الحق من أجله ، وهذا هو التعسف فى استعمال الحق (abus de droit)

١٠٢ — الضرر :

الضرر المادى والضرر الأدبى

ولا بد أن يحدث الخطأ ضررا ، حتى يتولد الالتزام بتعويض هذا

الضرر . والضرر قد يكون ماديا ، كما اذا دهست سيارة مارا فى الطريق فجرحته ، وقد يكون أدبيا ، كما اذا سب شخص آخر .

كيفية التعويض

وتعويض الضرر يكون عادة بمبلغ من النقود . وقد يحكم بالمبلغ مقسطا ، كما اذا كان المصاب أصبح عاجزا عن العمل فيحكم له بايراد طول الحياة . وقد يكون التعويض عينيا ، كما اذا حكم بازالة حائط أقامها الجار ليحجب النور عن جاره .

١٠٣ — علاقة السببية .

الضرر المباشر والضرر غير المباشر

ولا بد أن توجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ويجب أن يكون الخطأ سببا مباشرا للضرر ، فالاضرار غير المباشرة التى تنجم عن الخطأ لا تعويض عليها ، كما لو أتلف شخص آلات زراعية لآخر ، فنجم عن ذلك أن تعطلت الزراعة ، ولم يستطع المجنى عليه أن يجد مالا يفى به دينا عليه ، فأفلس ، فانتحر . فى هذا المثل تعطيل الزراعة وما ترتب على ذلك من الخسائر هو الضرر المباشر الذى يعوض عنه ، أما الافلاس والانتحار فضرران غير مباشرين .

القوة القاهرة

وينفى علاقة السببية القوة القاهرة والحادث الفجائى ، وقد تقدم تعريفهما .

١٠٤ — المسئولية المبنية على خطأ مفروض :

وهناك حالات يجعل القانون الشخص مسئولا فيها عن الضرر ،دون أن تكون هناك حاجة لاثبات خطأ فى جانبه ، اذ يفرض القانون هذا الخطأ .

من تحت الرعاية

فالشخص مسئول عن هم تحت رعايته ، فاذا وقع خطأ من أحد

هؤلاء ، فرض القانون أن هذا نتيجة تقصير من جانب الشخص . فالأب مثلا مسئول عن خطأ ولده القاصر ، والمعلم مسئول عن خطأ تلميذه .

المخدوم والخادم

والمخدوم مسئول عن خطأ خادمه اذا ارتكب الخـادم الخطأ اثنـاء تأدية خدمته .

الحيوان

وحارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من الضرر .

١٠٥ — المسئولية المبنية على تحمل التبعة :

وهناك مسئولية لا تبنى لا على خطأ ثابت ولا على خطأ مفروض . وانما تبنى على مبدأ الغرم بالغنم . وذلك أن الشخص قد يملك شيئا جزيل

أمثلة

الفائدة عظيم الضرر ، مثل ذلك السيارات والآلات الميكانيكية ، فمثل هذه الأشياء يستفيد منها الشخص فائدة كبيرة ، ولكنها تعرض لأخطار كثيرة ، فمن العدل أن يتحمل الشخص تبعتها ، كما حصل فائدتها ، والغرم بالغنم .

حوادث العمل

وهذه هى نظرية تحمل التبعة (théorie des risques) ، وهى نظرية كثيرا ما تطبق على حوادث العمل ، فيكون صاحب العمل مسئولا عما يحدث لعماله من أضرار بسبب العمل ، ولو لم يثبت فى جانبه خطأ ، بل لو ثبت أن الضرر انما وقع بحادث فجائى .

٢ — الاثراء على حساب الغير

١٠٦ — القاعدة العامة :

مقدار ما يرد

القاعدة العامة أن كل شخص أثرى على حساب غـيره يلتزم برد أدنى القيمتين : مقدار ما أثرى به أو مقدار ما افتقر به الدائن . وهذه هى قاعدة الاثراء على حساب الغير دون سبب (enrichissement sans cause)

ويشترط لتطبيق القاعدة :

اثراء شخص

(١) أن شخصا يثرى ، والاثراء قد يكون ماديا كما لو أصلح شخص

عينا مملوكة لآخر معتقدا انها ملكه ، فالشخص الآخر يكون قد أثرى بقيمة هذا الاصلاح المادى ، وكما لو علم مدرس تلميذا ، فالتلميذ يكون قد أثرى اثراء معنويا .

وافتقار آخر

(٢) وأن شخصا آخر يفتقر ، كما فى المثلين المتقدمين ، فالذى أصلح ملك الغير افتقر بمقدار ما أنفق على الاصلاح ، والذى علم التلميذ افتقر بمقدار ما صرف من وقت وبذل من جهد . وقد يثرى شخص دون أن يفتقر آخر ، كما اذا أنشأ شخص فى منزله حديقة استفاد من منظرها الجار ، فان الجار يكون قد أثرى ولكن الشخص الذى أنشأ الحديقة فى منزله لم يفتقر اذ هو يجنى من الحديقة بمقدار ما أنفق عليها ، ففى هذه الحالة لا يكون هناك اثراء على حساب الغير .

دون سبب

(٣) ألا يكون هناك سبب قانونى لاثراء شخص وافتقار آخر ، فلو كان هناك عقد بين من أصلح ملك غيره وهذا الغير ، أو بين المعلم والتلميذ ، فالواجب تطبيق أحكام هذا العقد لا قاعدة الاثراء على حساب الغير .

١٠٧ — دفع ما لا يجب :

وهناك تطبيق لقاعدة الاثراء على حساب الغير نجده فى قاعدة دفع ما لا يجب (paiement de l'indû) .

دين غير واجب الاداء

ويشترط : (١) أن شخصا يدفع شيئا غير واجب الأداء ، كأن يؤدى دينا كان مورثه قد وفاه قبل موته .

غلطا أو اكراها

(٢) وأن يكون قد دفع الدين عن طريق الغلط أو عن طريق الاكراه ، بأن يكون وقت الدفع معتقدا أنه يدفع دينا واجب الأداء ، أو يكون قد أكره على الدفع كما لو لم يجد المخالصة بالدين فى أوراق مورثه

فاضطر الى الدفع ثم وجد المخالصة بعد ذلك .

مقدار ما يرد

فاذا توافر هذان الشرطان يسترد من دفع مقدار ما دفعه ، واذا كان الشخص الآخر سيء النية ، أى يعلم أنه يتقاضى شيئا لا حق له فيه ، التزم بالرد و بالتعويض معا .

١٠٨ — عمل الفضولى

وهناك تطبيق آخر لقاعدة الاثراء على حساب الغير فى عمل الفضولى (gestion d'affaires).

عمل دون توكيل ضرورى لآخر دون مصلحة شخصية

و يشترط فى عمل الفضولى : (١) أن يقوم شخص بعمل لمصلحة آخر دون توكيل منه ، كما اذا قام شخص بوفاء دين عن آخر أو أصلح له منزله. (٢) وأن يكون هـذا العـمل ضروريا. (٣) وألا يكون للفضولى مصلحة شخصية فيه . فمن أصلح منزل جاره وهو يعتقد أنه منزله لا يكون فضوليا ، بل يرجع بدعوى الاثراء على حساب الغير كما قدمنا .

التزام الفضولى والتزام رب العمل

واذا توافرت هذه الشروط التزم الفضولى بإتمام ما بدأ به من العمل حتى يتمكن رب العمل من تسلم الأمر فى يده ، والتزم رب العمل بأن يرد للفضولى ما تكبده من النفقة .

٣ — القانون

١٠٩ — الالتزامات التى تنشأ عن القانون :

وقد تنشأ الالتزامات ويكون مصدرها حكما فى القانون .

أمثلة على ذلك

مثل ذلك النفقة ما بين الأقارب ، و واجبات الجوار .

الفصل الثانى

أحكام الالتزام

١١٠ — ترتيب الموضوع :

نتكلم فى أثر الالتزام ، ثم فى أوصافه ، ثم فى انتقاله، ثم فى انقضائه

١ — أثر الالتزام

١١١ — التنفيذ العينى :

أثر الالتزام هو إلزام المدين أن يقوم بالتزامه عيناً ، فان كان نقل ملكية وجب عليه أن ينقلها ، وان كان عملا وجب عليه أن يقوم به ، وان كان كفا عن عمل وجب عليه أن يمتنع عن هذا العمل .

١١٢ — التعويض :

فاذا استحال التنفيذ العينى لخطأ من المدين وجب عليه أن يدفع تعويضا للدائن .

تقدير القضاء

والتعويض يقدره عادة القاضى . وهو تعويض عن الخسارة التى أصابت الدائن من جراء عدم تنفيذ الدائن لالتزامه ، وعن المكسب الذى فاته بسبب ذلك . وهو يسمى فى الفرنسية (dommages-intérêts) ، مثل ذلك مقاول تأخر فى تسليم المنزل الذى تعهد ببنائه عن الميعاد المحدد ، فيصبح مسئولا عن تعويض ما أصاب صاحب المنزل من الخسارة بدفعه أجرة منزل سكنه مدة التأخر ، وعن تعويض ما فات صاحب المنزل من المكسب بتأخيره عن استلام منزل كان يستطيع استغلاله .

تقدير المتعاقدين (الشرط الجزائى)

وقد يقدر للتعاقدان التعويض مقدما فى العقد ، وهـذا ما يسـمى بالشرط الجزائى (clause pénale) . ففى المثل المتقدم يصح أن يتفق المقاول مع صاحب المنزل على أن يكون التعويض عن التأخر فى التسليم مقدراً بمبلغ معين . والقضاء الأهلى يذهب الى أنه يجوز انقاص المبلغ المتفق عليه اذا جاوز الضرر الفعلى الذى لحق الدائن .

تقدير القانون

وقد يقدر القانون التعويض ، وذلك فى حالة النقـود . وقـد وضع القانون المصرى سعرا معينا للفائدة القانونية ، هو ٥٪ فى المسائل المدنية و٧٪ فى المسـائل المدنية التجارية ، أما السعر الذى يجوز الاتفاق عليه فلا يصح أن يجاوز ٩٪ .

٢ — أوصاف الالتزام

١١٣ — الالتزام الموصوف :

قد يكون الالتزام بسيطا ، وقد يكون موصوفا،ومن أوصاف الالتزام الشرط (condition) والأجل (terme) والتضامن (solidarité) .

١١٤ — الشرط :

الشرط أمر مستقبل غير محقق الحصول، يتوقف على تحققه نفاذ التزام أو زواله .

والشرط اما أن يكون شرطا موقفا (condition suspensive) ، واما أن يكون شرطا فاسخا (condition résolutoire) .

الشرط الموقف

فالشرط الموقف هو الذى يتوقف على تحقـقه نفـاذ التزام . كما اذا التزم شخص بهبة منزل لولده اذا تزوج ، فالالتزام هنا معلق على شرط موقف والشرط الموقف قبل أن يتحقق لا يمنع وجود الالتزام ، ولكن يمنع

نفاذه ، فاذا ما تحقق وجود الالتزام نفذ بأثر رجعى (effet rétroactif)، أى يكون نفاذه من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط .

الشرط الفاسخ

والشرط الفاسخ هو الذى يتوقف على تحققه زوال الالتزام . كما اذا وهب شخص لمطلقته منزلا تسكنه بشرط ألا تتزوج . فالزواج هنا شرط فاسخ ، والالتزام بالهبة معلق على هـذا الشرط .

والشرط الفاسخ لا يمنع وجود الالتزام ونفاذه معا ، ولكن اذا تحقق الشرط انعدم الالتزام بأثر رجعى ، أى من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن .

١١٥ — الأجل

الأجل أمر مستقبل محقق الحصول ، يتوقف على حلوله نفاذ التزام أو زواله .

الفرق بين الشرط والأجل

والفرق بين الشرط والأجل فيما يأتى : (١) الشرط أمر غـير محقق الحصول ، أما الأجل فأمر محقق الحصول . ومتى كان الأمر محقق الحصول فهو أجل ، حتى لو كان وقت حصوله غير محقق ، كالموت . (٢) للشرط أثر رجعى ، وليس للأجل هذا الأثر .

والأجل اما أن يكون أجلا موقفا (terme suspensif) أو أجلا فاسخا (terme extinctif) .

الأجل الموقف

فالأجل الموقف هو الذى يتوقف على حلوله نفاذ التزام ، كالتزام المقترض برد ما اقترضه بعد سنة ، فالسنة أجل موقف فاذا حل الأجل نفذ التزام المقترض ، ووجب عليه رد القرض .

الأجل الفاسخ

والأجل الفاسخ هو الذى يتوقف على حلوله زوال التزام ، كالتزام

المؤجر بترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مدة الايجار ، فمدة الايجار أجل فاسخ ، واذا حل الأجل انقضى التزام المؤجر .

١١٦ — التضامن

والتضامن اما أن يكون بين الدائنين أو بين المدينين .

تضامن الدائنين

مثل تضامن الدائنين أن يكون (ا) و (ب) دائنين بالتضامن ل (حـ) بمبلغ ١٠٠ جنيه فيجوز أن يطالب (ا) وحده المدين بكل الدين فتبرأ ذمة المدين نحو (ا) ونحو (ب) معا ، ويرجع (ب) على (ا) بنصيبه فى الدين .

تضامن المدينين

ومثل تضامن المدينين أن يكون هناك دائن بمبلغ ٣٠٠ جنيه مثلا لمدينين ثلاثة متضامنين :

(ا) و (ب) و (جـ) . فيجوز للدائن أن يرجع على أى مدين يختاره من هؤلاء الثلاثة بكل الدين ، ومتى رجع على واحد منهم ، ودفع هذا كل الدين ، برأت ذمته نحو الدائن ، وكذلك برأت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن . ثم يرجع المدين الذى دفع كل الدين على بقية المدينين كل بقدر نصيبه . فلوفرض أن الدائن رجع فى الفرض المتقدم على (ا) بكل الدين ، فان (ا) يرجع على كل من (ب) و (حـ) بمبلغ ١٠٠ جنيه . واذا وجد (ا) أن أحد المدينين معسر ، تحمل هو والمدين الآخر تبعة هذا الاعسار ، كأن يجد (ا) عند رجوعه على (ب) و (حـ) أن (ب) معسر ، فانه يرجع على (حـ) بمبلغ ١٥٠ جنيه ، ويتحمل هو ١٥٠ جنيه ، فيكون كل من (ا) و (حـ) قد تحمل تبعة أعسار (ب).

٣ — انتقال الالتزام

١١٥ — حوالة الحق

يجوز أن ينتقل الالتزام من دائن الى دائن ، وهذا ما يسمى بحوالة الحق (cession de créance) .

وفى حوالة الحق يبقى الالتزام كما هو ، مكفولا بضماناته ، وانما ينتقل من دائن الى دائن .

١١٦ — حوالة الدين :

ولا يجوز فى القانون المصرى أن ينتقل الالتزام من مدين الى مدين ، مع بقائه كما هو مكفولا بضماناته ومثل هـذا الانتقال اذا جاز يسمى بحوالة الدين (cession de dette) .

واجيزت حوالة الحق دون حوالة الدين ، لأنه لا يضر المدين كثيرا أن يتغير دائنه فى حوالة الحق ، ولكن يضر الدائن كثيرا أن يتغير مدينه فى حوالة الدين .

٤ — انقضاء الالتزام

١١٧ — الوفاء :

الوفاء

ينقضى الالتزام بالوفاء (paiement) ، وهو قضاء الالتزام عينا .

١١٨ — قضاء الالتزام بالتزام آخر :

وقد يقضى المدين التزامه لا عينا كما فى الوفاء ، ولكن بدين آخر .

المقاصة

ويكون ذلك فى المقاصة (compensation) ، وصورتها أن يكون المدين مدينا ودائنا لشخص آخر فى وقت واحد ، فيتقاص الدينان .

التجديد

ويكون ذلك أيضا فى التجديد (novation) وصورته أن المدين والدائن يتفقان على أن ينقضى الدين ، ويحل محله دين جديد . وذلك بأن يتغير الدائن فى هذا الدين الجديد ، أو بأن يتغير المدين . فالتجديد اما أن يكون تجديدا بتغيير الدائن ، ويختلف عن حوالة الحق فى أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه بضماناته ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا . واما أن يكون تجديدا بتغيير المدين ، ويختلف عن حوالة الدين كذلك فى أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا .

١١٩ — *قضاء الالتزام دون وفاء .*

وقد ينقضى الالتزام دون وفاء ، ويكون ذلك فى الابراء واستحالة التنفيذ واتحاد الذمة والتقادم .

الابراء

فالابراء (remise de dette) يكون اذا تنازل الدائن عن حقه فى ذمة المدين دون مقابل .

استحالة التنفيذ

واستحالة التنفيذ تقضى الالتزام كذلك ، لأن المدين لا يلزم بالمستحيل .

اتحاد الذمة

واتحاد الذمة (confusion) صورته أن يرث الدائن المدين ، أو ان يرث المدين الدائن ، فتتحد الذمة فى الحالتين ، ويصبح الدائن مدينا لنفسه ، أو يصبح المدين دائنا لنفسه ، فينقضى الدين

التقادم المسقط

والتقادم المسقط (prescription extinctive) يكون بمضى ١٥ سنة على الدين دون أن يطالب به الدائن فيسقط بالتقادم ، واذا كان الدين دوريا ، كأجرة المنازل والأراضى ، فانه يسقط بمضى ٥ سنين ، لأن الدين

السوري يدفعه المدين عادة من الريع لا من رأس المال ، فاذا تجمد عليه لمدة تزيد على خمس سنين كان مرهقا واضطر الى دفعه من رأس المال .

٥ — اثبات الالتزام

١٢٠ — الاثبات يقع على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته :

عبء الاثبات على الدائن

الدائن هو المكلف بأثبات حقه .

ويقع الاثبات على مصدر الالتزام ، عقدا كان أو غير عقد .

١٢١ — اثبات غير العقد .

جميع طرق الاثبات

فاذا كان المصدر غير عقد ، كان للدائن أن يثبت هذا المصدر بأية طريقة من طرق الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن .

١٢٢ — اثبات العقد .

قيمة الالتزام تزيد على ١٠ جنيه

أما اذا كان للمصدر عقدا ، فاذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يجوز للدائن أن يثبت هذا العقد الا بالكتابة . ويقوم مقام الكتابة اقرار المدين ، أو توجيه اليمين اليه فينكل عن حلفها أو يردها الى الدائن فيحلف . فالأثبات فى هذه الحالة لا يكون الا بالكتابة أو الاقرار أو اليمين .

قيمة الالتزام لا تزيد على ١٠ جنيه

أما اذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فكما يجوز الاثبات بالكتابة والاقرار واليمين ، كذلك يجوز الاثبات بالبينة والقرائن . والبينة هى الشهود .

فهرست

صفحة

صفحة

صفحة

مقدمة القانون المدنى ١٧٧

صفحة

صفحة


Bibliotheca Alexandrina
0412542